

Др Горан ДАЈОВИЋ \*

## МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ\*\*

*Они аспекти ствари који су за нас најважнији прикривени су једноставношћу и свакодневношћу. То не можемо да приметимо — зато што нам је увек пред очима.*

(Витгенштајн, пар. 129)

*Расправа се састоји из два дела. У њима се, респективно, заступају две основне тезе. Прва је да судске пресуде у развијеним правним системима могу да буду „извори“ општих правила која на обавезујући начин регулишу одлучивање судова, а онда, следствено, и других правних субјеката, чак и ако нису формално признате као извори права. Друга је да оне то треба да буду из више разлога, од којих су најважнији предвидљивост и једнакост. У првом делу расправе се разматрају концепти поделе власти, врста државних функција и судске власти. Затим се излажу*

---

\* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [gorand@ius.bg.ac.rs](mailto:gorand@ius.bg.ac.rs).

\*\* Основне идеје из ове расправе изложио сам на конференцији „Судство као власт“, која је одржана у Београду, 29. и 30. новембра 2019. године, на Факултету политичких наука, у организацији Центра за правосудна истраживања (ЦЕПРИС), Центра за студије конституционализма Факултета политичких наука и Српског удружења за правну и социјалну филозофију (ИВРС). Захваљујем се Миодрагу Јовановићу, Данилу Вуковићу, Софији Мандић и другим учесницима и учесницама конференције на корисним коментарима које су том приликом изнели.

*разлози због којих судска власт може да врши регулативну функцију и у правном систему у којем јој она није формално призната. Најзад, као илустрација како функционише систем у којем судови врше регулативну функцију, описује се примена доктрине stare decisis у Сједињеним Америчким Државама, а у додатку се анализира неколико одлука Уставног суда Србије које указују на постојања сличне праксе у нашем правном систему.*

**Кључне речи:** *Подела власти. – Судска власт. – Регулативна и адјудикативна функција. – Прецедент.*

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Један од повода за настанак овог чланка је идеја која је била у оптицају у дискусијама о променама Устава Србије у области правосуђа, 2018. године. Реч је о предлогу из првог радног текста амандмана према којем се „законом уређује уједначавање судске праксе“. То је био покушај анонимних писаца нацрта амандмана да се у Устав uvede судска пракса као формални извор права, али на погрешан начин, будући да се у јавности с правом подозревало да би законом, који се у Уставу помиње, било формирано *несудско* тело које би се бавило тим уједначавањем.<sup>1</sup> Домаћа и инострана стручна јавност је негативно оценила тај предлог<sup>2</sup> и он се у потоњим верзијама нацрта амандмана више није појављивао. Међутим, сама чињеница да се такав предлог појавио, ствара потребу да академски правници укажу на разлоге због којих је он наopak, а нарочито да се што је могуће јасније образложи који би предлог у погледу статуса судске праксе и, уопште, судских пресуда, као извора права, био могућ и пожељан.

Према томе, тема судске праксе и судских пресуда<sup>3</sup> као извора права је, несумњиво, релевантна за домаћу праксу. С друге стране, и у нашој правној теорији постоје запажене анализе улоге судова у стварању

<sup>1</sup> Акционим планом за спровођење Националне стратегије за реформу правосуђа (тачка 2.7) предвиђено је формирање такозване сертификационе комисије која би вршила ту надлежност. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcion%20plan%20za%20sprowadjenje%20Nacionalne%20strategije%20reforme%20pravosudja%201.pdf>, последњи приступ 22. новембра 2021.

<sup>2</sup> Уп. Дајовић (ур.) 2019, 27, 45, 85.

<sup>3</sup> У наставку расправе, нагласак ће бити на судским пресудама, као прецедентима јер је судска пракса, као што ће се аргументовати, „јака верзија“ доктрине прецедента.

права.<sup>4</sup> Међутим, циљ ове расправе није пароксијалан, то јест везан за домаћу праксу и теорију. Напротив, циљ је да се рашчисте недоумице и неспоразуми када је у питању могућност, али и пожељност стварања права од стране судске власти, *генерално узев*.<sup>5</sup> У том смислу, тезе у прилог којих ће се аргументовати су општег карактера: (1) судска власт у развијеном правном систему *може* да врши регулативну функцију власти<sup>6</sup>, и то на специфичан начин, (2) да ли ће судска власт ту могућност да искористи зависи од ње саме и (3) судска власт у развијеном правном систему *треба* да врши регулативну функцију власти.

Дакле, главна теза је да судска власт није (или, прецизније, не треба да буде) везана само за функцију пресуђивања или, како то у наставку расправе називам, за адјудикативну функцију. Прецизније речено, теза је да (неке) њене пресуде не (треба да) дејствују искључиво *inter partes*. Ипак, тако штуро формулисана, она је сувише неодређена. Јер ако судска власт врши још неку функцију осим функције решавања спорова, каква је то тачно функција? И у ком смислу, на који начин и с којим домашајем судска власт ту функцију (треба да) обавља? Да би се на та питања одговорило, у овом *првом делу* расправе најпре ће се учинити извесна концептуална разјашњења. Наиме, потребно је утврдити садржај појмова који су „у игри“, а то су појмови поделе власти, функције државне власти и судске власти. То је разлог због којег се о подели и врстама (функцијама) државне власти уопште говори у првом, а о судској власти у другом одељку.

Судска власт доноси одлуке на основу закона и других општих правних аката и оне су обавезујуће за стране у спору. Та теза звучи тривијално, али постаје нетривијална чим се функција судске власти веже искључиво и само за њу. Наиме, судови одиста не би нигде и ни-

<sup>4</sup> Још је знаменити Живојин Перић на самом измаку 19. века писао о границама судске власти, а од радова из друге половине 20. века уп. Кошутих 1973. У новије време Spaić 2018 и Зеџ 2020.

<sup>5</sup> Иако је повод за писање овог текста био, да тако кажем, локалног карактера, аргументи и закључци који ће се изложити то нису. Тврдња је да се они односе на развијени правни систем или барем на развијени континентални правни систем. Како се ти закључци могу уклопити у особени институционални и правни оквир конкретног правног система, па и правног система Србије, мора да буде предмет посебног прилога.

<sup>6</sup> У наставку текста инсистираћу на таквом називу за функцију *стварања* права јер концепт стварања права, заједно с корелативним концептом примене права, у теорији производи бескрајне контроверзе. Иначе, термин „регулативна функција“ код нас је, примера ради, користио Слободан Јовановић (уп. Јовановић 1990, 188). Он није неуобичајен ни у иностраној литератури, нарочито у културама у којима су судске пресуде прецеденти (уп. Duxbury 2013, 4).

кад вршили регулативну функцију уколико се прихвата идеја да они само примењују право, силогистички подводећи чињенице случаја под општа правила из текстова важећих општих правних аката. Ипак, као што је добро познато, теоријски је одавно напуштена Монтескјеова идеја о ништавности или „невидљивости“ судске власти, или Блекстонова идеја да судије никад не стварају већ увек примењују право (Hart 1958, 610). Због тога је концептуално могуће да судови који решавају спорове применом права, у (неким) својим пресудама наводе тврдње које не представљају пуко понављање норми из неког општег правног акта, а које (могу да) имају нормативно дејство и на будуће сличне случајеве и могу се подвести под појам општих правила или стандарда. Аргумент у прилог такве концептуалне могућности, који се тиче природе тумачења и примене права, биће изнет у трећем одељку.

Међутим, да ли су ти општи прескриптивни искази који се могу наћи у образложењима судских одлука важеће право? То, наравно, није нужно. Ипак, није концептуално немогуће рећи да судови, решавајући спорове, примењују али у исто време, изричући такве исказе, допуњују и развијају важеће право, *чак и у системима у којима таква функција судова није формално призната*. Када кажем да „није формално призната“, то значи да судска пресуда није извор права<sup>7</sup> према изричитом слову неког важећег прописа, рецимо устава. Да ли ће неки правни акт (међународни уговор, закон, подзаконски акт, судска пресуда итд.) бити извор права, то зависи од његовог важења. А у складу с Хартовом идејом о природи права, важење правних аката се утврђује на основу критеријума који су садржани у правилу признања. Примера ради, у нашем праву би правило признања (барем када је реч о судовима) могло бити описано одредбом Устава која прописује, да се „судске одлуке... заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (чл. 145 ст. 1 и 2 Устава), односно уставним одредбама којима се прописује хијерархију правних аката у Републици Србији (чл. 194 и 195 Устава). И у том случају може се говорити о формално или изричито признатим изворима права. Међутим, пошто је, по својој природи, правило признања социјално правило, које постоји уколико је ефикасно, уколико се врши, јасно је да одредбе писаног устава које су део правила признања не морају нужно да чине важећим *све* норме правног система нити *све важеће норме*

<sup>7</sup> Извори права су, према увреженом схватању, правни акти у којима правни субјекти „проналазе“ опште норме које су велике премисе у правном расуђивању и одлучивању. Или, у контексту ове расправе, извори права су „складишта“ општих норми које су судије правно обавезане да користе као основе за своје појединачне одлуке.

нужно морају бити важеће у складу с тим уставним одредбама (Dajović 2010, 260). Другим речима, могуће је, као што је то одиста случај у неким правним системима, да постоје и други критеријуми важења који су део правила признања, а који нису изричито „описани“ у формално важећим писаним правним актима. Најпознатији такви примери су уставне конвенције у Великој Британији или општепризнато овлашћење Врховног суда да контролише уставност закона у САД и да тако утиче на важеће право.

Из свега тога произилази да одговор на питање да ли ће регулативна власт судова бити успостављена зависи од њих самих, то јест од њихове праксе, а не нужно од тога да ли је она формалноправно призната. У прилог те тезе, у трећем одељку ће се изнети још један концептуални аргумент – онај који се тиче природе самог права.

Најзад, на крају расправе следи кратак опис једног правног система у којима делови судских пресуда одређених судова одиста представљају обавезујуће опште норме које су потоњи судови дужни да примене у будућим сличним случајевима. Реч је о правном систему САД. Тај опис је користан јер може да укаже на правце у којима би концептуална могућност регулативне функције судске власти могла да се претвори у стварност и у правним системима у којима она то (још) није. *Први део* расправе завршава се екскурсом о уставном судству, које не спада у судску власт, како се она схвата у расправи. Ипак, биће описано неколико одлука Уставног суда Србије, из којих се може стећи увид у значај и домаћаје вршења регулативне функције од (пара)судских органа у нашем правном поретку.

## 2. КОНЦЕПТУАЛНА ПОЈАШЊЕЊА

### 2.1. Три функције власти

Свака политичка заједница мора да обави извесне задатке како би опстала и напредовала. Примера ради, она мора да очува унутрашњу и спољашњу безбедност, да организује производњу или трговину добара, да храни и лечи своје чланове итд. Да би обавила те задатке, она мора, у оквиру себе, да успостави *власт*, као врсту моћи, то јест способности да се људи (ако треба и принудом) приволе на понашања на која можда добровољно не би пристали, која је призната или легитимна (Хејвуд 2005, 15).

У политичкој заједници у настајању, власт нужно издаје појединачне наредбе члановима заједнице и решава њихове спорове. Она, другим речима, мора да обавља, назовимо то провизорно, управну<sup>8</sup> и адјудикативну функцију. У литератури је констатовано да за постојање једне заједнице није концептуално нужно да власт у њој обавља и регулативну функцију, то јест да унапред успоставља општа правила на основу којих управља или решава спорове (Јовановић 1990, 37).

Такав „проторежим“ Џозеф Раз назива поретком „апсолутне дискреције“. Систем апсолутне дискреције састојао би се од једног или више доносилаца одлука, којима се чланови „заједнице“ обраћају за решавање спорова. Онај ко доноси одлуку поседује ауторитет да на конклузиван начин одлучи о исходу спора. При томе, не постоје правне или обичајне норме које доносиоци одлука морају да примењује нити су обавезни да следе властите прецеденте. Они заснивају своје одлуке на одређеним разлозима за које мисле да су значајни, али који су то разлози и у којем правцу ће они усмерити коначну одлуку, то је ствар њихове апсолутне дискреције (Raz 1979, 111–114, 173–175; Raz 1999, 137–141).<sup>9</sup> У систему апсолутне дискреције не може се говорити о постојању правног система јер не постоје опште правне норме којима се регулише понашање ни оних који одлучују ни оних који им се покорављају. Речју, у њему ниједан „орган“ не врши регулативну функцију, која се састоји у доношењу, мењању или допуњавању општих правила понашања у заједници.

Ипак, треба нагласити да такви режими у чистом облику нигде не постоје, премда су неке емпиријске инкарнације политичких заједница (и некад и сад) биле мање или више близу таквом режиму. Јер, историјски посматрано, не постоје политичке заједнице у којима понашање није регулисано општим правилима (макар она била и религиозна или обичајна) или, концептуално гледано, у којем не постоји барем једно обичајно правило (прихваћено макар од дела заједнице) да су неко лице или група „овлашћени“ да својим наредбама или „пресудама“ управљају заједницом, односно решавају спорове у њој. У том смислу, заједница (макар и као целина, у случају обичаја) обавља и регулативну функцију. Према томе, свака политичка заједница, обавља своје „по-

<sup>8</sup> У смислу управљачке, а не у смислу савремене управне функције.

<sup>9</sup> Себок помиње да је сличан систем имао на уму Лон Фулер, када је говорио о режиму неконтролисане управљачке дискреције, као опозиту његовој интерној моралности права. Фулер је, током година, именовано контраст између правног система и система апсолутне дискреције различитим терминима, као контраст између разума и воље, адјудикатуре и арбитрарности, права и „менаџерског управљања“ (Sebok 1998, 162).

слове“, технички гледано, на три начина или путем три функције које се морају вршити, како би заједница опстала: регулативне, управне и адјудикативне.

Већ је споменуто да власт у свакој политичкој заједници мора, на неки начин, да буде призната, да би била власт.<sup>10</sup> То значи да су одлуке које она доноси ауторитативне – обавезујуће на начин да се не могу доводити у питање, да се не могу побијати контраразлозима и да обично за њихово кршење следи примена неког облика санкције. Власт може бити призната из различитих разлога. Међутим, када се то признање успоставља на основу онога што Харт назива правилом признања, може се рећи да власт постаје правна власт и да се у заједници појављује зачетак онога што називамо правним системом. Стога, остављајући по страни историјска и емпиријска разматрања, сврха расправе налаже да се пажња посвети управо заједницама у којима је успостављен зрео правни систем (у Хартовом смислу речи), то јест савременим државама.

У савременом правном поретку обављање три функције власти по-прима нове форме. Прво, појавом зрелог правног система, у политичкој заједници се мења природа регулативне функције. Ради се о функцији доношења општих правила на основу којих се издају појединачне „наредбе“ и на основу којих се решавају спорови. Ту функцију преузима одређена институција у политичкој заједници, а правила које она доноси почињу јасно да се разликују и одвајају од обичајних, моралних или верских правила. Наравно, у заједници и даље постоје управна и адјудикативна функција, с том разликом што се оне (ово нарочито важи за адјудикативну функцију) сада врше у складу с унапред донетим правилима. Речју, без регулативне функције заједница није правна, у савременом смислу те речи,<sup>11</sup> као што ни без управне и адјудикативне заједница уопште није заједница.

Најзад, у савременим државама, три описане функције постају државноправне функције и обично се називају законодавна, извршна и судска, како се зову и органи који доминантно обављају сваку од њих. Штавише, када говоримо о функцијама или гранама државне власти, често се исти термин („власт“) користи да означи, како поједину државноправну функцију, тако и орган који је обавља. На пример, исти термин – судска власт, користи се да означи адјудикативну функцију и

<sup>10</sup> Барем од једног дела чланова те заједнице који је политички доминантан.

<sup>11</sup> Ипак, иако можда звучи сувишно, треба напоменути да се та функција, као функција државне власти, појављује тек у савременим државама јер адјудикативну функцију је држава могла да врши и на основу правила које није сама донела.

да означи судове, као органе власти који ту функцију обављају (Тропер 2013, pag. 5). Другим речима, разликује се органско од функционалног значења термина „власт“. Како се савремени модел организације и вршења основних функција државне власти појавио и како он у пракси функционише, тема је следећег поделеља, посвећеног подели власти.

## 2.2. Подела власти

Подела власти је једна врста конституционализованог модела организације власти. Теоријско уобличење тог модела најчешће се приписује Монтескјеу. Наиме, посматрајући устројство власти у Великој Британији његовог времена и дивећи се слободи коју су уживали њени грађани, за разлику од осталих ондашњих Европљана, Монтескје се запитао на који начин се у држави та слобода може постићи и гарантовати. Имајући у виду, пре свега, слободу у границама закона и права коју Енглези имају, Монтескје је схватио, тако барем гласи конвенционално схватање, да законе треба да доноси једна, а да их извршава друга власт, које су међусобно специјализоване и независне (Тропер 2013, pag. 8). На тај начин би једна другу уравнотежавале, а избегло би се да се у рукама једних истих људи стекне и моћ доношења и моћ извршавања закона, што је за Монтескјеа била сама дефиниција тираније.

Међутим, проблем са специјализацијом и потпуном независношћу три гране власти је, најпре, у томе што она у пракси није изводљива без озбиљних проблема у функционисању државе као целине. И друго, што је законодавна власт, која изражава вољу државе (док егzekутивна и судска власт ту вољу само спроводе), *по природи своје функције* надмоћна над друге две власти (Тропер 2013, pag. 21–23, 35).

Из тих разлога, Тропер сматра да Монтескје није заговарао модел поделе власти, према којој три основне функције власти треба да буду у рукама три различита *специјализована и независна* органа власти.<sup>12</sup> Посматрајући организацију власти у ондашњој Великој Британији, он је увидео да је законодавно тело састављено од два дома која се међусобно спутавају и не могу да функционишу један без другог (од којих је један заснован на демократском, а други на аристократском

<sup>12</sup> Међутим, постоје аутори који управо такву грешку спочитавају Монтескјеу (Claus 2005, 419, 420). Како у фокусу чланка нису врлине и мане Монтескјеових идеја о подели власти него кратак опис суштине тог модела у пракси, на разлозима за и против тачности његових увида нећу се задржавати.



принципу). С друге стране, оба дома су ограничена учешћем извршне власти у законодавном процесу – правом вета и правом предлагања закона. Дакле, нису ограничене сáмом извршном влашћу (у функционалном смислу) јер она, као таква, не може да ограничи законодавну, будући да само извршава њену вољу, већ спутане њеним делањем у *вршењу саме законодавне функције* (Торер 2013, пар. 25).

На основу таквих емпиријских увида, Монтескје закључује да је најбоља предохрана против арбитрарне власти да се различите власти не нађу у једним истим рукама (Торер 2013, пар. 27). Речју, да би постојала подела власти, довољно је да не постоји стапање, јединство, сједињење (функције) власти у једним рукама. И стога је пожељно ово „укључивање“ актера једне власти у вршење друге власти (Claus 2005, 420).

Државна власт која поштује такав принцип организације вршења сопствених функција (принцип поделе) неће бити арбитрарна већ потчињена праву и на тај начин безопасна по слободу својих грађана. Према том принципу, дакле, битно је да различите функције државне власти не обавља један исти орган. Реч је о чисто негативном принципу, који не захтева да различите гране власти обавезно и искључиво буду поверене различитим и одвојеним органима.<sup>13</sup> Јер, такав принцип ће бити задовољен и ако једна грана власти, уз то што примарно врши једну функцију, буде укључена и у вршење друге функције власти (Торер 2013, пар. 31).

Како су се те идеје оваплотиле у пракси, најбоље се може видети на примеру устава САД из 1787. године. Наиме, док је у Великој Британији организација власти, која је надахнула Монтескјеа, настајала дуго и постепено, а не одједном и промишљено, амерички очеви оснивачи имали су намеру да Монтескјеов теоријски модел постане конституција нове нације.<sup>14</sup> Они су имали јасну представу о томе да је најбоља предохрана

---

<sup>13</sup> „Separation of power, then, was less significant in what it bestowed on the designated actors than in what it denied to other actors. Seating the primary exercise of a power in one actor did not give that actor *carte blanche* in the exercise of the power, it just denied the primary exercise of that power to others“ (Claus 2005, 424–425). У наставку текста ћу поједине цитате наводити на енглеском, и то у оним случајевима када би се у преводу изгубиле нијансе изворног значења, које су битне за поенту због које се цитат користи.

<sup>14</sup> Да о томе нема сумње, сведочи Џејмс Медисон, који каже: „The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu. If he be not the author of this invaluable precept in the science of politics, he has the merit at least of displaying and recommending it most effectually to the attention of

против тираније да се свеколика државна власт уставом подели на три релативно једнаке и релативно раздвојене гране, које ће бити у међусобном балансу, тако да законодавна и извршна власт претежно, али увек и уз асистенцију оне друге, обављају своје функције (Ervin 1970, 108).

Према томе, у Америци није успостављено потпуно преклапање између органа који је специјализован за вршење одређене функције и саме функције. Наиме, идеја поделе власти, онако како ју је схватио и изложио Монтескје и како су је у дело спровели творци америчког устава, не подразумева потпуну специјализацију и независност међусобно одвојених државних органа, у смислу да се сваки од њих бави једино и искључиво „својом функцијом“. У том смислу, Томас Џеферсон је приметио да „овлашћења владе треба да буду тако подељена и уравнотежена између неколико органа власти, да ниједан од њих не може да прекорачи своје границе, а да не буде ефективно контролисан и ограничен од других (органа)“.<sup>15</sup>

У складу с реченим, за поделу власти биће довољно учињено ако се власт, на неки начин, распореди међу више различитих органа, који се међусобно ограничавају. Будући да се расподела надлежности између државних органа врши уставним одредбама, није необично што у члану 16 француске Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године стоји: „Држава у којој... није утврђена поделе власти нема устав.“<sup>16</sup> То значи да није у питању само идеал – Декларацијом се не описује *добар* устав, устав који је достојан да се зове уставом. Њоме се дефинише устав, *као такав*. На тај начин, устав, подела власти и владавина права постају део јединственог политичко-институционално-правног пејзажа, који обезбеђује слободу човека и грађанина.

А где је у том пејзажу место судова и судске власти, као главних носилаца адјудикативне функције? И како се та власт врши? На та питања ћу покушати да одговорим у наредном одељку, након што сумарно изнесем терминолошке поуке из управо описаних концептуалних појашњења.

---

mankind“ (Federalist, no. 47, према Claus 2005, 429).

<sup>15</sup> Уп. Wood, Gordon S. 1998. *The Creation of the American Republic*. 2<sup>nd</sup> ed., 453, према Claus 2005, 426.

<sup>16</sup> „Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée, n'a point de constitution.“

### 2.3. Терминологија

Опис настанка и развоја идеје и праксе поделе власти показује да једну државноправну функцију не врши искључиво један специјализовани орган независно од других органа, то јест да један орган (може да) учествује у вршењу више државних функција. Примера ради, законодавну функцију не врши само законодавни орган већ се у њу укључује и извршна власт. Та чињеница несумњиво говори у прилог споменутој дистинкцији између појма власти у функционалном и органском смислу.

Осим тога, постоји још једна важна дистинкција која иде у прилог предложеном појмовном оквиру. Примера ради, законодавна функција се не поклапа с оним што називам регулативном функцијом. Наиме, регулативну функцију врши свака *власт* која општим правним нормама унапред регулише извесну област друштвених односа. А опште правне норме којима се друштвени односи регулишу нису само законске норме. Због тога треба јасно разликовати регулативну функцију коју врши законодавно тело од регулативне функције коју, примера ради, у појединим системима врше судови.<sup>17</sup>

На том трагу, у англосаксонском правном систему, у којем судије формално стварају право, повлачи се јасна дистинкција између стварања права путем закона и стварања права у судским пресудама (Gardner 2001, 217). Обе се сматрају подврстама регулативне функције, а у литератури се наводе, примера ради, следеће разлике између њих. Прво, законодавац ствара право *де ново* и врло често је реформски оријентисан

---

<sup>17</sup> Иначе, у нашој правој теорији, као што је познато, уобичајено се говори о законима у материјалном и формалном смислу (на пример, Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 256 и.д.). Ако се као закони у материјалном смислу дефинишу „акти који садрже опште правне норме којима се заснивају овлашћења и обавезе правних субјеката“ (Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 260), онда би, примера ради, прописи које доноси извршна власт (на пример, уредбе) могли понекад да имају карактер закона у материјалном (али не и у формалном) смислу. И онда би се *регулативна функција генерално* могла разумети као доношење закона у *материјалном смислу*. Међутим, у расправи се не промовише такво схватање јер оно, прво, превише шири конвенционално значење речи закон (које се уобичајено везује за акте представничког тела) и, друго, зато што све опште норме које производе из вршења регулативне функције нису закони у материјалном смислу. Најзад, ако се законодавна функција разуме, као што је у овом контексту случај, као законодавна и у органском и у функционалном смислу, то јест, као функција доношења прописа који су закони и у материјалном и у формалном смислу, онда има смисла такву функцију посматрати као подврсту регулативне функције и размотрити по чему се она разликује од регулативне функције коју (може да) врши судска власт.

у односу на постојеће право. Судско стварање права је прецедентног и еволуционог карактера јер је увек у вези с конкретним правним питањем, чије се јасно решење не налази у постојећем праву (ни у законима ни у прецедентима), али се на њега наслања и развија га. Друго, поступак стварања закона је тако удешен да, приликом њиховог доношења, законодавац има у виду широк спектар чињеница, различитих интереса и супротстављених мишљења, док судске процедуре иду за тим да се, пре свега, обезбеди исправна судска пресуда, а не да се њоме разрешавају сложена шира морална и друштвена питања, која надилазе оквира конкретног спора. Из тога произилази и следећа разлика, а то је да законодавац сам одлучује о питањима и односима која ће уредити законом, док је суд строго ограничен материјом конкретног спора у којем треба да пресуди. Најзад, законске одредбе су формулисане у облику канонизованих општих правила и у складу с правилима номотехнике. Општи прескриптивни искази у судским пресудама су често, како ће се показати у наставку, имплицитна правила или су обликована као стандарди. Судије, за разлику од законодавца, не очекују да се свака њихова реч из пресуде тумачи, као што се тумаче законске одредбе, те стога у њеном образложењу слободније и мање прецизно формулишу разлоге за пресуду, који евентуално постају прецеденти (Duxbury 2013, 12–18; Salmond 1966, 177 и.д.). Из свих тих разлога, судско стварање права не може се назвати законодавством.<sup>18</sup> Ипак, то не значи да оно није подврста регулативне функције.

Да сумирам. Примера ради, законодавна власт у органском смислу је законодавно тело, у савременој држави најчешће представнички орган, скупштина, парламент. Али законодавну власт у функционалном смислу не врши искључиво законодавни орган – у томе, као што је показано, могу да учествују и други органи власти (на пример, влада или шеф државе или уставни суд као негативни законодавац). Надаље, функција регулисања друштвених односа путем општих обавезујућих правила не своди се на законодавну функцију – општа правна правила и стандарде (могу да) стварају и судови и они се разликују од законских правила и стандарда по домаћају, облику, начину настанка итд. Стога се те две различите функције стварања права обухватају заједничким вишим појмом регулативне функције. Најзад, судску власт у органском

---

<sup>18</sup> Гарднер сматра да овде није у питању само вербална или разлика у форми. Она има значај за низ теоријскоправних и моралних расправа. Примера ради, он истиче да се ретроактивност, која је обично непожељна и углавном забрањена, односи на законодавство, али да не може да се потегне као аргумент против судског стварања права јер оно представља градуелно развијање већ постојећег (неретроактивног) права (Gardner 2001, 217).

смислу чине судови и, у функционалном смислу, њихова главна делатност је пресуђивање – као начин решавања појединачних спорова. Али ту „судску“ функцију, како ће се показати на самом почетку наредног одељка, нити је некада вршила нити је данас врши искључиво судска власт у органском смислу. Стога се функција решавања спорова и назива адјудикативном, а не судском функцијом. Према томе, да би се лакше направиле појмовне разлике између онога што се назива судска власт и судска функција, а што је од значаја за одређење регулативне функције судске власти у модерној државној организацији, сматрам да, прво, треба јасно разликовати органско од функционалног значења појма власти и, друго, да је умесно именовати поменуте функције власти, како је и предложено, као регулативну и адјудикативну, а не како је то уобичајено, као законодавну и судску.

### 3. СУДСКА ВЛАСТ

#### 3.1. Судска власт и подела власти

Адјудикативну функцију нису увек обављали судови.<sup>19</sup> У прошлости, чак и када је „власт“ решавања спорова била у рукама судова, они су само по имену били слични судовима какви постоје у савременом правном систему. Судови средњег века су, рецимо, имали власт да доносе одлуке у споровима, али ни по саставу (начину постављања „судија“, њиховим својствима итд.) ни по начину одлучивања (начину утврђивању чињеница, обавезној примени претходно постојећих правила итд.) нису личили на савремене судове. Примера ради, орган који своје одлуке заснива на такозваном божјем суду само је по називу сличан данашњем суду. Осим тога, адјудикативну функцију ни данас не обављају искључиво судови (Fuller 1978, 354). Као што је добро познато, у савременим националним правним системима, а и на међународном нивоу, чест начин решавања спорова је арбитража, а у модерним државама, нарочито у приватним парницама, породичним или радним споровима данас се све више користи медијација.

---

<sup>19</sup> Некад су уобичајени начини „решавања“ спорова, примера ради, били самопомоћ или медијација (Hasnas 2005, 86), а постоје и много необичнији начини. Примера ради, у ескимским заједницама спорове између њених чланова решава цела заједница (село), и то тако што парничари певају песме пред саплеменицима, сваки о оном другом, што је могуће духовитије и подругљивије, а онда присутни одлучују чија је песма била боља и тако решавају спор и одређују „победника“ (Gluckman 1965, 183 и.д.).

Какве су то карактеристике савремених судова и судског система у целини које га чине тако особеном појавом у људској историји и које су од значаја за одређивање функција савремене судске власти?

Стварање судске власти (у органском смислу) текло је постепено (Тасић 1995, 236). Судови какве данас познајемо у конституционалним демократијама настали су и развијали се упоредо с идејом поделе власти. А сама идеја поделе власти је, као што је претходно речено, у тесној вези с идејом формалног устава и владавине права. И то нису само напомене о пуким историјским чињеницама већ се њима скреће пажња да су управо те идеје утицале на изглед и начин функционисања данашњих судова.<sup>20</sup> Ипак, за положај судова у савременом државно-правном поретку од пресудног је значаја како се на њих рефлектују идеја и пракса поделе власти.

У пракси је та идеја први пут примењена у Уставу САД. Као што је већ споменуто, мисао-водиља његових твораца била је да се слобода грађана најбрже подрива уколико „целу“ једну државну функцију врши један исти орган. Стога су се одлучили на оно што је већ описано као делимично учешће једне гране власти у обављању функције друге гране власти. Међутим, када је на „дневни ред“ дошла судска функција, очеви оснивачи су се определили да њу предају у руке одвојеној и независној, хијерархијски организованој организацији судске власти (Claus 2005, 429).

Одвојеност и независност заснивале су се на томе да престанак судијске функције (осим изузетно) није зависио од одлука других грана власти, да њен буџет, такође, није био подложен утицају друге две власти, да је постојао имунитет судија током вршења судијске дужности (Торер 2013, пар 8). Према томе, очеви оснивачи су сматрали да концепт поделе власти претпоставља постојање судске власти „без спољног утицаја било које врсте и из било којег извора“ (Ervin 1970, 121). Судије су на својој позицији остајале трајно, осим у случају „лошег понашања“, које се утврђује у процедури импичмента. То је био једини, лабав и слаб институционализовани утицај, који друге гране власти имају према судској власти (Claus 2005, 429). Хамилтон је, примера ради, бранио такво уставно решење према којем судије врше своју функцију „during good behavior“, речима да је оно „the citadel of the public justice and the public security“ (Hamilton, *The Federalist*, no. 78, пре-

---

<sup>20</sup> Како вели Тасић, „...право, уколико се више у њему остварује морални елемент и влада разум, изграђује све више суд. Истинитост овога видимо јасно у развоју правне државе, јер његова битна карактеристика је баш та да суд добија све већу улогу“ (Тасић 1995, 237).

ма Ervin 1970, 118). И премда су творци америчког устава били свесни да подела власти „неће створити судство састављено од судија који су анђели“ (Ervin 1970, 127) и који неће доносити неправедне или погрешне одлуке, били су свесни да такве спорадичне пресуде не могу да угрозе њихов фундаментални наум да индивидуалну слободу најбоље штити независно судство састављено од судија који су подложни само Уставу и законима, а не било којој другој власти.

### 3.2. Организација и начин рада судске власти

Чињеница да је функција решавања спорова поверена посебним и независним државним органима, који су обавезни и овлашћени да је врше примењујући важеће право новијег је датума. Ако изузмемо енглески *common law* систем, она се везује за прве писане Уставе. Тако, у Уставу САД, у члану три, одељак 1 прописује да се „Судска власт Сједињених Држава поверава једном Врховном суду и оним нижим судовима које Конгрес може повремено да одређује и установљава“, а у следећем одељку стоји да се „судска власт простира на све случајеве, по закону и правичности, који проистичу из овог Устава, закона Сједињених Држава и уговора који су закључени или који ће се закључити у складу с њима“.<sup>21</sup>

О томе на који начин савремени судови врше своју примарну, адјудикативну функцију, једну могућу слику, коју наводим примера ради, дао је Лон Фулер. Та слика је до извесне мере прескриптивно „насликана“ јер је Фулер настојао да издвоји елементе адјудикативне функције у њеној идеалној инкарнацији. Тако постаје јасно када се адјудикативна функција претвара у „паразитску или первертирану форму адјудикације“ (Fuller 1978, 381). Да би један процес одлучивања у неком спору представљао вршење адјудикатуре, он, према Фулеровом мишљењу, мора бити (1) адверзијалан, (2) треба да га води суд који га нормално не иницира, (3) који је непристрасан, (4) који тежи да своју одлуку заснује на доказима и аргументима које презентују стране у спору и (5) који ту одлуку образлаже. Најзад, (6) та одлука мора имати ретроактивно дејство<sup>22</sup>, премда може, уз то, имати и проспективне ефекте (Fuller 1978, 382–391).

<sup>21</sup> Устав Републике Србије прокламује да „судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне надлежности“ (чл. 143 Устава РС).

<sup>22</sup> Ретроактивно, у смислу да утврђује правне последице (права, обавезе, одговорности) у односу на правне чињенице које су наступиле, а не које ће тек наступити.

Јасно се види да су неки од елемената које Фулер набраја, концептуално нужни (ако се има у виду уставни модел поделе власти и природа адјудикативне функције), попут независности, непристрасности и ретроактивног дејства судских одлука, неки су емпиријски контингентни, али свеприсутни, као што је образлагање одлука, али неки и нису (на пример, адверзијалност). Постоји и један елемент који Фулер изричито не наводи, али га подразумева, а он се тиче везаности судске власти законима и правом. Пошто су тај последњи елемент и један Фулеров, који се тиче обавезе образлагања судских одлука, посебно важни за главне тезе овог текста, у наставку ћу врло сумарно приказати њихове карактеристике.<sup>23</sup>

### 3.2.1. Судске одлуке се доносе на основу права

Иако се сматра тривијалном и узима здраво за готово, околност да суд доноси одлуку у спору на основу претходно постављених општих обавезујућих правних правила које се налазе у формалним изворима права<sup>24</sup> тековина је новијег датума. Данас се подразумева да суд, приликом доношења пресуде, треба на утврђено чињенично стање да примени меродавно право. У судском поступку, суд утврђује *конкретно* чињенично стање и да ли се оно подудара с *апстрактним* чињеничним стањем (стањем које је апстрактно описано у правном пропису, као услов за наступање нормативне последице). Јер, апстрактно и конкретно чињенично стање начелно нису подударни. Другим речима, суд треба да „подведе“ (или не „подведе“) утврђене конкретне чињенице под апстрактне појмове који те чињенице описују у правном акту, односно, како то правници кажу, да изврши правну квалификацију чињеница. Речју, да би решио спор, судија треба да одговори на два питања: на фактичко и правно. Фактичко питање, провизорно формулисано, гласи: шта се збило или збива, то јест какво је чињенично стање ствари на које треба применити меродавно право? С друге стране, правно питање је (1) да ли за утврђено чињенично стање постоји и, ако постоји, која се правна последица односи на то чињенично стање. Осим тога, треба

<sup>23</sup> Иоле информисаном читаоцу може се учинити да су ово труизми које нема потребе помињати, слично понечему о чему је било речи у претходном поглављу или нечему о чему ће се тек говорити. Али ако ти труизми воде до закључака о регулативној функцији судске власти који се, у најмању руку, сматрају спорним, онда има смисла да се барем спомену. Уосталом, на смисао таквог поступка указује и Витгенштајнова сентенца са самог почетка.

<sup>24</sup> „Судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (чл. 145, ст. 1 и 2 Устава РС).



разумети (2) значење текста меродавног општег правног акта, што значи да се он мора протумачити у контексту утврђеног чињеничног стања на које се примењује, и то тако што се упоређује значење протумачених општих појмова из правног акта с утврђеним чињеницама. Коначно, уколико под протумачене појмове из норме утврђено чињенично стање може да се подведе, доноси се одлука о правним последицама у конкретном случају (Дајовић 2018, 140–141).

### 3.2.2. Судске одлуке су јавне и образложене

Да одлука суда не би изгледала као арбитрарна, није довољно само да је заснована на меродавном праву и релевантним чињеницама већ и да је образложено зашто је заснована на праву и како су релевантне чињенице утврђене. У многим националним правним системима, обавеза образлагања пресуде је прописана законом. Тако, примера ради, Уставом Шпаније (чл. 120, ст. 3) судови се изричито обавезују да образложе своју пресуду, а у Закон о грађанском поступку исте државе (чл. 357) наводи се да „пресуде морају бити јасне и прецизне и... морају навести разлоге за и против туженог и одлучити по свим оспораваним тачкама које су биле предмет аргументације“. Слично томе, и у Србији, према Законику о кривичном поступку, суд ће „навести којим разлозима се руководио при решавању правних питања, а нарочито при утврђивању да ли постоји кривично дело и кривична одговорност оптуженог и при примењивању одређених одредаба закона на оптуженог и његово дело“ (чл. 361, ст. 1, тач. 7). Уз то, битна повреда одредаба кривичног поступка постоји „ако је изрека пресуде неразумљива, противречна сама себи или разлозима пресуде, или ако пресуда нема уопште разлога...“ (чл. 368, ст. 1, тач. 11).

У својој пракси, Европски суд за људска права (ЕСЉП) је на неки начин отишао и корак даље када је у питању правни „статус“ образложења судске пресуде. Наиме, имајући у виду принцип владавине права, који је основно начело Конвенције, ЕСЉП је заузео став да поштовање члана 6 европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода (право на правично суђење) подразумева и *право на образложену пресуду*. Резон ЕСЉП је следећи. Принцип владавине права изискује да се избегне арбитрарно пресуђивање. Да би се оно избегло, треба, између осталог, успоставити право на образложену пресуду. Да би то право било ефективно, пресуда се мора образложити валидним и довољним (одговарајућим) разлозима. Разлози су валидни ако се заснивају на датом правном систему и ако су довољно јасни да их (а) јавност разуме и

(б) да их странке разумеју, како би могле да искористе право на правни лек. Разлози су довољни (одговарајући) ако одговарају на главна правна и фактичка питања и ако одговарају на главне аргументе странака.<sup>25</sup>

У пракси ЕСЉП се, такође, често истицало и прецизирано које су функције образложења пресуде. Прва функција је да истакне разлоге на којима се одлука заснива. Ти разлози се тичу решења правног и фактичког питања која су довела до одлуке и ти разлози су у савременом правном поретку, у основи, *рационални* (Roberts 2011, 235). Друга функција је усмерена ка странкама којих се одлука тиче. Само одлука у којој се истичу разлози због којих је донета омогућује заинтересованим субјектима да оцене да ли је разложно да ту одлуку оспоравају жалбом пред вишим органом. Трећа функција је да јавност разуме због чега је пресуда донета и да се тиме ојача поверење јавности у правосудне институције.

Међутим, за тему ове расправе нарочито су значајне следеће функције. Прва од њих је да образлагање судских одлука иде за тим да сведе на што мању меру доношење погрешних или недовољно добрих одлука. Не проистиче само добро образложење из логички исправног расуђивања већ и сама обавеза образлагања доприноси исправности расуђивања јер омогућава судији да сагледа евентуалне пропусте у расуђивању. Такође, могућност побијања одлуке пред вишом судском инстанцом додатно мотивише судове да пруже што уверљивије разлоге за сопствену пресуду и да законито и рационално пресуђују. Најзад и најважније, последња функција образлагања је уједначавање судске праксе. Јасно и разложно образложење доприноси да се у сличним ситуацијама доносе исте одлуке, што доприноси униформној примени права и већој правној сигурности (Дајовић, Спаић 2016, 48).

---

<sup>25</sup> „Право на образложену пресуду је право на познавање битних разлога и јасно и изричито образложених ставова суда о чињеничним и правним питањима а на основу којих је пресуда донета. Није довољно да је странка само упозната с одлуком суда, него је суд дужан да да изложи разлоге због којих је донео баш такву пресуду“ (*Ruiz Torija v. Spain*, 1994, § 29–30). То значи да „пресуде морају на адекватан начин да изложе разлоге на којима су засноване“ (*Suominen v. Finland*, 37801/97, § 36).

#### 4. МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ – КОНЦЕПТУАЛНИ ПОГЛЕД

Након излагања о положају и функционисању судске власти у савременим правним системима остаје да се објасни како у таквом систему судови, приликом вршења адјудикативне функције, могу путем судских пресуда да стварају обавезујућа општа правила. Или, прецизније, да у образложењима својих пресуда формулишу исказе који су подобни да буду обавезне опште норме, чак и ако судске пресуде нису формално, изричито признате као извор права.

Из онога што је речено у претходном одељку јасно произилази да правни поредак чине законска и друга општа правна правила која су савремени судови обавезни да примењују приликом решавања спорова. То значи да судије не доносе пресуде на основу разматрања свих могућих разлога који би се иначе могли разматрати приликом решавања спора када правна правила не би постојала. Стога је могуће да одлука судије буде другачија од одлуке коју би он у истом спору донео примењујући, рецимо, моралне норме, а не важеће право.<sup>26</sup>

Такав однос судија према важећим правним нормама, међутим, сам по себи, не може да нам пружи одговор на једно важно питање у вези са судском власти: (1) колику слободу судија (треба да) има приликом примене општих правила на конкретан случај? Или, другим речима, колике су и какве тачно границе које му законодавац (или други нормотворац) поставља приликом одлучивања? Уколико је одговор на то питање да се могућим и пожељним сматра како судије приликом пресуђивања могу, а каткад и морају као разлоге за своје пресуде да наводе правила или принципе који претходно нису постојали у формално признатим изворима права и која су сами „створили“, (2) да ли је могуће да та правила (или принципи) буду обавезујућа за будуће сличне случајеве, независно од њиховог формалноправног статуса у конкретном правном систему? На питања (1) и (2) ће се одговорити у овом одељку.

<sup>26</sup> „Истиче се да наш посао јесте (или би требало да буде) да законе које доносе представници народа само примењујемо, а не и да их дописујемо и мењамо. Судија којем се допада свака одлука коју донесе, врло вероватно је лош судија, јер радије доноси одлуке које му се допадају, него оне на које га право обавезује“ (део издвојеног мишљења Нила Горсуча, судије Врховног суда САД, у пресуди *A.M. v. Holmes Nos*, 14–2066, 14–2183 [10th Cir. 2016]).

#### 4.1. Предуслов за регулативну функцију судске власти – разлог из природе решавања правног питања

У претходном одељку сам посебно нагласио две карактеристике вршења адјудикативне функције од стране савремених судова: судови пресуђују у складу с унапред познатим општим законским нормама и судови су обавезни да образложе пресуду. Ова *друга* карактеристика очигледно иде у прилог идеји да судови, приликом вршења адјудикативне функције, могу да врше регулативну функцију<sup>27</sup> јер у образложењима могу да наведу нормативне разлоге који су их водили до пресуде, а да то нису већ важеће опште правне норме. Али могу ли они то одиста да чине ако одлуке доносе у складу с већ важећим општим правним нормама?

Као што је добро познато, Монтескје је сматрао да не могу. Према његовом мишљењу, судска власт је само „гласноговорник закона“<sup>28</sup>, власт која само изговара речи из закона.<sup>29</sup> И на континенту се, из „опседнутости идејом поделе власти“ (Hart 1958, 610), уврежила судијска идеологија према којој је посао судије да примењује, а не да ствара право, а то је онда, природно, водило ка томе да се у теорији појави оно што се, непрецизно, назива формализмом у примени и тумачењу закона. У складу с таквом „судијском идеологијом“, функције и обавезе

---

<sup>27</sup> Да бих отклонио потенцијалну забуну, наглашавам да је тема расправе вршење регулативне функције судске власти, *приликом њеног вршења адјудикативне функције*. У многим правним системима постоје органи који се могу сматрати судовима или трибуналима, који врше адјудикативну функцију, а осим ње, врше и посебну регулативну функцију. Међутим, они нису у фокусу мог интересовања јер обично (1) нису део система судске власти у органском смислу речи и зато што (2) врше регулативну функцију одвојено од вршења адјудикативне функције.

<sup>28</sup> [T]he judges of the nation are... only the mouth that pronounces the words of the law, inanimate beings who can moderate neither its force nor its rigor“ (Montesquieu. 1989 [1748]. *The Spirit of the Laws*, trans. and ed. A. M. Cohler, B. C. Miller, H. S. Stone. Cambridge University Press, 163, према Духбуру 2013, 9).

<sup>29</sup> Посебно питање је да ли је Монтескје, када је говорио о судској власти у Великој Британији, на основу чије праксе је и формирао свој став о „ништавности“ судске власти, мислио на „власт“ пороте, то јест на власт која у спору решава фактичко питање. Ако јесте, онда је његов увид био исправан јер „власт“ пороте јесте политички безначајна, не утиче на допуну или стварање права и тиче се само странака у спору (Claus 2005, 422, 430). Ипак, остаје чињеница да он није разумео природу *common law* ни улогу енглеских судова у његовом настанку и развоју, као ни регулативну функцију коју судови, играјући ту улогу, вековима врше (Claus 2005, 420). Свакако да је критици подложно и то што Монтескје није увидео да се доктрина прецедента примењује и на судско тумачење ауторитативних текстова (Claus 2005, 431).

судија су ограничене искључиво на примену права какво оно јесте. Према једном погледу „са стране“ на такво схватање судске власти, „[o]n this account, the judicial role is minimally interpretive or evaluative; it is almost entirely instrumental. Of course, even judges in this... category must engage in some interpretation or evaluation when determining whether a statute... should apply to a given set of facts. But this interpretation or evaluation is not supposed to be especially reflective or creative. I will call this interpretation of the judicial function ‘instrumentalist.’“ (Edlin 2010, 127).

Међутим, проблем с формализмом је у томе што се њиме не објашњава на адекватан начин оно што судије (барем у једном броју случајева) уистину раде. Данас ретко ко оспорава да идентификовање и примена права захтева неки облик вредновања који отвара простор за судијску „креацију“. Први разлог за то је што у појединим случајевима значење (норме) није одређено и што текст важећих правних аката не пружа јасан или не пружа никакав одговор на конкретно правно питање. Осим тога, схватање значења правног прописа зависи од друштвених схватања о сврхама прописа и од социјалних и лингвистичких конвенција, а све оне се мењају, иако текст прописа остаје исти (Hart 1994, 128–129; Таманаха 2010, 178). Стога се у одређеним случајевима може, заједно с Келзенем, констатовати да су „Закони... такорећи, само полуфабрикат који се довршава тек судском пресудом и њеним извршењем... Суд не формулише иначе већ постојеће право. Његов рад се не састоји само у ‘тражењу’ и ‘налажењу’ права које постоји пре пресуде“ (Келзен 1951, 138–139).

Када се тим неспорним датостима функционисања савремених судова придода чињеници да њихове одлуке ауторитативно и (у случају врховних судова) коначно решавају конкретан спор, онда скептицизам према формализму постаје још више оправдан.<sup>30</sup> Јер када одлука суда, која из изнетих разлога у једном случају може да буде и оваква и онаква, мање или више у складу с текстом или сврхом прописа, једном постане правоснажна, непроменљива је и представља ауторитативно исказану вољу суда да тексту правног акта припише значење утврђено пресудом. Институционална самосталност и независност судске власти, која је описана у другом одељку, ауторитет те воље само још додатно оснажује.

<sup>30</sup> Тај скептицизам најбоље сажима чувена фраза бискупа Ходлија: „Ко год има апсолутну власт да тумачи било који писани или речју изражени закон, то је онај који је у сваком погледу законодавац, а не онај који га је први написао или изговорио“ (Hoadly, Benjamin. 1717. A Sermon Preach'd before the King at the Royal Chapel at St. James's on Sunday March 31. 3<sup>rd</sup> ed., 12. London: printed for James Knapton, према Духбуру 2013, 19).

Према томе, ако се претпостави да је тумачење права активност која постоји приликом сваке примене права<sup>31</sup>, формализам може исправно да опише *само* оно што се дешава у неспорним, лаким, једноставним случајевима примене права. Међутим, постоје и случајеви у којима долази до спорова поводом правног питања, који су, како вели Харт, „непотпуно правно регулисани, (и) код којих судија има неизбежан ‘допунски’ задатак да ствара право, тако да што се објективног права тиче, многи случајеви могу да буду решени на један, или на други начин“ (Hart 1994, 274).<sup>32</sup> То су такозвани „тешки“ случајеви.

Постоји више разлога за постојање тешких случајева<sup>33</sup>, од којих су за ову расправу најрелевантнија два, која су већ наговештена. То су језичка неодређеност<sup>34</sup> и дифизибилност (оборивост, отклоњивост) правних норми.<sup>35</sup> У првом случају, до спорова поводом правног питања долази због несавршености језика (било природног, било правнотехничког). У

---

<sup>31</sup> Што је идеја која је далеко од општеприхваћене. Заправо, на другом месту заступа се став, додуше из дидактичких, а не из теоријских разлога, да је тумачење активност чији је исход утврђивање нормативног значења правног текста у *спорним случајевима* (Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 326 и.д.). Ипак, у контексту ове расправе та теоријска контроверза није од значаја јер ниједно од два становишта не пориче да је, барем у неким случајевима, тумачење „креативна“ активност која може да допуњава и развија важеће право.

<sup>32</sup> Слично вели и Раз: „Because of the vagueness, open texture, and incompleteness of all legal systems there are many disputes for which the system does not provide a correct answer. Even if it rules out certain solutions as wrong, there are others which are neither wrong nor right in law“ (Raz 1979, 113).

<sup>33</sup> Разлози за појаву тешких, спорних случајева опширно су описани у Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 329–337, иако се користи донекле другачија терминологија у односу на ову која је споменута у тексту.

<sup>34</sup> Два основна облика језичке неодређености су нејасност и вишезначност. Један израз је нејасан када „постоје неке појаве (*subjects*) које несумњиво обухвата (позитивни кандидати), неке појаве које несумњиво не обухвата (негативни кандидати) и трећа класа појава за које се са сигурношћу не може рећи да припадају првој или другој групи појава (неутрални кандидати)“ (Alexy, Dreier 1991, 74–75). Стога такви изрази не деле на класичан семантички начин све појаве које денотирају на два дела – на оне које су обухваћене његовим значењем и на оне које нису. Код њих постоје и гранични случајеви за које се не зна да ли се појам на њих односи или не (Burns 1991, 3). С друге стране, један израз је вишезначан (полисемичан) када има више различитих, премда повезаних значења (на пример, речи „држати“ – „држати оружје“, „држати стоку“, „држати мердевине“ итд.). Вишезначни изрази се управо по тој „повезаности“ различитих значења разликују од хомонима, код којих једна иста реч има потпуно неповезана значења (на пример, „сто“ као број и „сто“ као комад намештаја).

<sup>35</sup> Дифизибилност (*defeasibility*) или, како се у тексту преводи, „оборивост“ или „отклоњивост“ правних норми јесте карактеристика већине правних система да они који тумаче и примењују право могу, у одређеним конкретним

другом случају, језик правила које треба применити је одређен, али је крајњи исход примене у конкретном случају на неки начин погрешан, апсурдан или неправичан.<sup>36</sup>

Најпосле, очигледна је чињеница да се из тих разлога, феноменолошки посматрано, може уочити да савремени судови приликом вршења адјудикативне функције (1) примењују право, (2) допуњују право, (3) стварају право у складу с постојећим правом и (4) стварају право супротно постојећем праву (Barber 2000, 142 и.д.)<sup>37</sup> те ће стога активности суда (2) до (4), које потенцијално могу судску власт претворити у вршиоца регулативне функције, бити укратко илустроване.

#### 4.1.1. Допуна права

Приликом решавања правног питања у вршењу адјудикативне функције, судови у образложењима пресуде излажу своје виђење решења тог питања, односно права које примењују. Излагање постаје више од пуког понављања норми из извора права у оним случајевима када, да то формулишем помало тривијално, судови користе „допунске“, прецизирајуће речи у односу на речи које се налазе у важећој, рецимо законској, норми да би образложили због чега примењују ту норму на утврђено чињенично стање у конкретном спору. То је нарочито случај када је термин који треба „допунити“ нејасан, будући да појава на коју се односи „гранична“, то јест да није јасно да ли је термин денотира или не.

---

случајевима, да *ad hoc* одступе од примене правила, успостављајући изузетак од њега, ако би у таквом случају исход примене правила био озбиљно неправичан, крајње непожељан или апсурдан (Schauer 2013).

<sup>36</sup> Чини се да је разлог који је заједнички за оба наведена основа за спорне случајеве сама природа језика или, прецизније, односа између појмова и појава које појмовима настојимо да „обухватимо“. Свет није, попут Легленда, састављен од *појава* које су одвојени „ентитети“ (као лега коцке), које онда можемо именовати, сваку својим термином/појмом. И та особина језика рефлектује се и у језичким формулацијама правила. Као што Харт примећује: „[O]дређене фактичке ситуације нас не чекају већ одвојене једне од других, и означене као *случајеви општег правила* чија је примена у питању; нити правило може само да нам покаже случајеве на које се односи“ (Hart 1994, 126).

<sup>37</sup> Барберова таксономија односа судских одлука према закону је сложенија. Она је у тексту поједностављена и донекле преформулисана и подсећа на ону која је у нашој теорији прилично позната, мада не мање нејасна, на одлуке *preater legem, secundum legem i contra legem* (уп. Спаић 2021, 34). Ипак, овде у првом плану није да се прецизније одреди под којим условима нека одлука спада у неку од ових „врста“, већ да се укаже на различите ситуације у којима судови, приликом одлучивања, допуњавају, мењају или стварају право.

Примера ради, чланом 348 КЗ Србије прописано је следеће: „Ко неовлашћено носи ватрено оружје, његове делове, муницију, експлозивне материје или минско-експлозивна средства, казниће се затвором од две до дванаест година.“ Примењујући ту норму у једном случају, Апелациони суд у Београду у образложењу пресуде наводи: „Радња неовлашћеног ношења може се састојати у томе што окривљени неовлашћено носи ватрено оружје у дворишту породичне куће.“<sup>38</sup> Изгледа ми да је на први поглед неспорно да законска синтагма „ношење оружја“ не покрива све ситуације у којима дословно може да се примени, на пример, када власник дозволе за држање ватреног оружја „носи оружје“ из собе у собу, а вероватно и када „носи оружје“ из куће у летњу кухињу у дворишту, у којој се налази ормарић у којем га чува. Чини ми се да је ситуација о којој се изјаснио Окружни суд гранична, то јест да улази у такозвано „предворје“ законског појма „ношење оружја“ те да је у том смислу нејасно да ли тај термин означава ту ситуацију или не.

Стога наведена реченица из образложења пресуде „довршава“ значење законске одредбе у конкретном случају, али истовремено може да функционише и као прескриптивни исказ, као било која друга правна одредба која дефинише значење неког термина. И да се у том смислу, у специфичној ситуацији за коју је нејасно да ли је денотирана појмом „ношење оружја“, он убудуће примењује, баш као што га је применио суд, који је до тог исказа дошао тумачењем и вредновањем одређених интереса и циљева или на други начин.

Из тог разлога, имајући ту пресуду на уму, јасно је да тумачење права у случајевима спорова поводом правног питања изазваних језичком неодређеношћу каткад додаје писаном (законском) правном тексту један врло важан део – ауторитативно протумачено значење тог текста, које на први поглед није видљиво из његовог дословног, језичког значења. Јер, како каже Гарднер, „у тексту нема прописа без утврђеног значења“ (Gardner 2012, 123–124), а правно релевантно значење је оно које је на основу законског текста установио и тексту приписао, ауторитативни тумач, то јест суд.

#### 4.1.2. Стварање права у складу с правом

Друга ситуација у којој изложено виђење решења правног питања постаје више од пуког „пресликавања“ норми из извора права постоји када је судија, по нужди, правни иноватор. То се догађа у сваком прав-

<sup>38</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 2441/11 од 20. 6. 2011. (према Трешњев 2013, одл. 134).



ном систему у којем постоји дужност надлежног судије да реши спор који се пред њим покрене, а када важеће право не пружа решење за тај спор.<sup>39</sup> Реч је о попуњавању правних празнина. Таква „правотворачка“ улога судије признаје се и у оним правним системима у којима прецедент није признат као ауторитативно опште правило јер се полази од претпоставке да у тим ситуацијама не постоји обавезујуће опште правило које је суд дужан да примени у конкретном случају, те да је онда „овлашћен“ да својом одлуком створи право и празнину попуни. На тај начин, стварање права од стране суда је у складу с важећим правом. Примера ради, у нашем позитивном праву уговор о поклону није изричито уређен. Стога су се, рецимо, правила о опозиву тог уговора усталила кроз судску праксу, која се у тим приликама ослања на одредбе Српског грађанског законика или Општег имовинског законика.

Међутим, постоји један иманентан проблем с концептом правних празнина, односно с разликом између примене и стварања права, која се на том концепту заснива. Обично се каже да се суд, као ауторитативни тумач права, претвара у његовог ствараоца када своју одлуку не може да заснује на било ком конвенционално прихватљивом језичком значењу правног текста. Али та граница је понекад и сама нејасна. Илустроваћу речено једним примером из наше кривичносудске праксе.

Члан 251 Кривичног законика Србије (несавесно пружање лекарске помоћи) гласи: „(1) Лекар који при пружању лекарске помоћи примени очигледно неподобно средство или очигледно неподобан начин лечења или не примени одговарајуће хигијенске мере или уопште очигледно несавесно поступа и тиме проузрокује погоршање здравственог стања неког лица, казниће се затвором од три месеца до три године.“ Надаље, у члану 253 (неуказивање лекарске помоћи) стоји: „(1) Лекар који противно својој дужности одбије да укаже лекарску помоћ лицу којем је таква помоћ потребна, а које се налази у непосредној опасности за живот или опасности наступања тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља, казниће се новчаном казном или затвором до две године.“

Када је одлучивао о одговорности стоматолога за дело из члана 251, Окружни суд у Београду је у образложењу навео став који има изглед општег (интерпретативног) правила да „кривично дело несавесног

---

<sup>39</sup> Та дужност је прописана чак и Наполеоновим грађанским закоником (чл. 4), којим се судијама забрањује да се у пресудама изјашњавају путем општих одредаба.

пружања лекарске помоћи може извршити и стоматолог<sup>40</sup>. Такав став се не повезује с делом из члана 253 јер се у њему лекар „појављује“ као активни пружалац помоћи за коју се не очекује да је компетентно може пружити стоматолог. Ипак, приликом дела из члана 251 „лекар“ може бити и стоматолог, што је у супротности с постојећим језичким конвенцијама (али и са системским тумачењем КЗ). Стога се чини да је Окружни суд изашао из оквира језичког и системског тумачења и својим правилом „створио“ ново кривично дело. Треба нагласити да се то догодило у кривичној материји, у којој је, због принципа легалитета, такво „допунско законодавство“ изричито забрањено.

Не желим начелно да оспорим исправност расуђивања суда у конкретном случају. Уосталом, стоматолози *лече* обољења зуба и усне дупље те сходно томе могу и *несавесно* да лече и тиме погоршају здравље својих пацијената. Такође, могућа су и тумачења овог поступка суда, према којима није реч о попуњавању празнине јер термин „лекар“, узет у најширем смислу, може да денотира и стоматологе. Оно што је, на крају крајева, важно је да наведени пример илуструје колико је граница између тумачења и стварања права, као и између неодређености правног текста и правне празнине ноторно магловита, и у многим случајевима подлеже процени и евалуацији онога ко доноси одлуку. Међутим, када одлуку доноси суд, она је правно обавезујућа, независно од тога да ли је суд прекорачио своја овлашћења тумача права и попунио празнину, која то у ствари није (Liebwald 2013, 405; Duxbury 2013, 7). Стога, независно од чињенице да ли је у овом случају реч о стварању или допуни права, пример показује колико је, потенцијално, регулативна функција иманентна судској власти, чак и у кривичној материји у којој је, по природи ствари, суд највише ограничен језиком закона.

#### 4.1.3. Стварање права супротно постојећем праву

У случајевима у којима оцени да би дословна примена прописа имала неправедне или апсурдне исходе, суд ће пресудом креирати опште правило које је у супротности с постојећим правом. Већ сам објаснио да се у правној теорији такво поступање разјашњава концептом дифизибилности (оборивости, отклоњивости) правних норми.<sup>41</sup> Тај кон-

<sup>40</sup> Решење Окружног суда у Београду Кж 553/09 од 24. 2. 2009. (према Трешњев 2013, одл. 118).

<sup>41</sup> Иначе, концепт дифизибилности се не проучава само у правној теорији него се, у још већој мери, разматра у савременој логици, теорији аргументације и другим сродним дисциплинама.

цепт је, у техничком смислу, у филозофски дискурс увео Херберт Харт (Hart 1949, 171, 175). Његова „суштина“ се налази у старој идеји да се општим правилом не могу уредити све животне ситуације на које се оно односи а да се у исто време избегну непожељни, неморални или неправични исходи примене правила у све и једној регулисаној ситуацији. Стога треба допустити оне које примењује опште правило да у таквим ситуацијама успостави изузетак од правила, као што је то, примера ради, учинио Апелациони суд државе Њујорк у чувеном случају *Riggs v. Palmer*,<sup>42</sup> када је, супротно одредбама тада важећег Закона о наслеђивању, лишио унука права на наслеђе, стеченог тестаментом, из разлога што је осуђен због убиства свог деде, као оставиоца.

Као пример стварања права које је супротно јасном језику важећег правног акта, послужиће један скорашњи правни став<sup>43</sup> Врховног касационог суда Србије (ВКС). Наиме, у ставу 2 члана 433 Законика о кривичном поступку<sup>44</sup> стоји: „У корист оптуженог жалбу могу изјавити и његов брачни друг, лице с којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији (...) а рок за жалбу тече од дана када је оптуженом, односно његовом браниоцу достављен препис пресуде.“ ВКС је, поводом тог члана, 2018. године усвојио следећи правни став: „Против осуђујуће пресуде којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела које се гони по службеној дужности, није дозвољена жалба супружника окривљеног у корист окривљеног, када супружник у поступку има својство оштећеног.“<sup>45</sup>

Очигледно је да је став ВКС (ако је супружник оштећени, нема право на жалбу у корист окривљеног) супротан језички јасној законској одредби (супружник може изјавити жалбу у корист оптуженог). Не постоји језичко тумачење којим би се значење важећег прописа толико

<sup>42</sup> *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

<sup>43</sup> Иако у том случају није реч о пресуди него о правном ставу, то не утиче на главну поенту, а то је да суд тим ставом мења постојеће право. Када је реч о правним ставовима највиших судова као потенцијалној форми вршења регулативне функције судске власти, сматрам да она није у духу централне тезе овог текста да је регулативна функција природни „продужетак“ и пожељна последица вршења адјудикативне функције. Међутим, како интенција није да се расправа води о модалитетима вршења те функције у конкретном правном систему, на овом питању се нећу задржавати.

<sup>44</sup> *Сл. гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

<sup>45</sup> Поменути правни став је наведен на основу Спаић 2021, 30.

„растегло“ да доведе тумача до таквог нормативног исхода.<sup>46</sup> Стога се разлози које ВКС наводи у прилог свом ставу и не односе на језик прописа већ на оно што би правници назвали његовим „духом“, а донекле и „системом“.

Члан 433 ЗКП упућује на то да брачни друг има право да уложи жалбу у корист оптуженог брачног друга без обзира на то да ли је оштећен његовим делом или не. И то не спори ни ВКС. Ипак, супротно јасном језичком значењу текста закона, Суд установљава норму да супружници који су оштећени делом окривљеног немају право да уложе жалбу у корист окривљеног, и то позивајући се на разлоге који се тичу процесног положаја оштећеног јер је он „на страни јавног тужиоца“. Стога је њихов правни интерес, резонује суд, претежан у односу на његово право да изјави жалбу у корист окривљеног те да изјављивање жалбе доводи до „мешања процесних улога“. И у том светлу, разложно звучи питање које ВКС поставља: „Уколико оштећени изјави жалбу у корист окривљеног, [...] да ли је на тај начин одустао од предлога“ ако је реч о кривичном делу у којем се гоњење преузима по предлогу, односно од „оптужнице на основу које је донета пресуда“? (Спаић 2021, 33). Речју, дословна примена одредбе члана 433 ЗКП, у вези с којом је ВКС заузео правни став, довела би до апсурдног исхода у случају када је супружник/ца окривљеног у исто време и оштећени/а. А то је једна од типичних ситуација у којој је важење опште норме „обориво“ установљењем изузетка.

## 4.2. Разлог из природе права

Прескриптивни искази из образложења судских пресуда, којима судови допуњују или „стварају“ право постају обавезујуће правне норме и у будућим сличним случајевима *само под условом* да се тај, пресудом „допуњени“ текст закона или новостворени општи прескриптивни исказ који је „прецедентни“ суд применио прихвати и примењује од стра-

---

<sup>46</sup> Из тог разлога Спаић тај пример користи како би скренуо пажњу на разлику између тумачења и *конструкције* (Спаић 2021). Иако су његова запажања у том смислу инструктивна, на њима се нећу задржавати. Као што сам већ скренуо пажњу, у раду се такве ситуације објашњавају емпиријском чињеницом да су опште правне норме дифизибилне (обориве), то јест да судови, у случајевима у којима би њихова примена произвела изразито неправичне или апсурдне последице, формулишу изузетке којима их заобилазе. Да ли се тај процес може концептуализовати као конструкција, није питање од суштинског значаја за тему расправе.

не потоњих судова у сличним случајевима као ауторитативно правило. Тек под тим условом, он једнако постаје право као и сам закон којег допуњава или мења. А да ли је и како то уопште могуће у једном правном систему у којем таква пракса није формалноправно обавезујућа? Да би се на то питање одговорило, потребно је изложити неколико широко прихваћених увида савремене теорије права о природи права.

Највећи број савремених правних теоретичара и филозофа, или барем оних позитивистичке провенијенције<sup>47</sup>, спремно ће прихватити „минималистичку“ тезу о природи права, у чијем је средишту идеја да је право особени систем општих правила чија је сврха да се понашање људи у друштву усмерава (и оцењује) на једнообразан начин. Такође, код многих аутора та идеја о „легалности“ права поистовећује се или се проширује и на идеју владавине права. Тиме се почетни став обогаћује вредносном компонентом, оличеном у предвидљивости и извесности последица људског делања, које произилазе из *ex ante* регулисања друштвених односа путем општих правних норма.

Из овог базичног увида следи да право, као систем правила, своју главну функцију може да оствари само под условом да се та правила у стварном животу оваплоћују у доношењу појединачних норми уједначене садржине, заснованих на важећим правним правилима и кроз успостављене правилности у понашању које се тим правилима уређује. То значи да се у истим ситуацијама једно опште правило примењује на исти начин, било да се та норма примењује индиректно, то јест доношењем појединачних норми идентичног садржаја, било да је реч о директној примени путем истоветних материјалних радњи. Када се, међутим, једна општа норма примењује на различите начине у истоветним ситуацијама, онда се не остварује основна функција права – тада право не усмерава људска понашања на једнообразан, регуларан и унапред предвидљив начин. Зато пуко постојање важећих општих норми, или формалних извора права, ако следимо уврежену терминологију, није (једино) оно по чему се правни систем разликује од већ спомињаног система апсолутне дискреције него је то и доследност у уједначеној примени тих општих правних правила.

На значај доследне и уједначене примене права указују још у наредном, другом делу расправе, а на овом месту потребно је нагласити једну „правилност“ која мора да постоји како би уопште настао и постојао

---

<sup>47</sup> Како истиче Метју Кремер: „практично сваки правни позитивиста... приписује праву функцију да усмерава понашање“ (Kramer 2005, 6).

правни систем. Она се огледа у постојаној примени критеријума помоћу којег се одређују сами извори важећих општих правила у конкретном правном систему.

Ти критеријуми за идентификовање правила, као *важећих правних* правила налазе се у фундаменталној норми која има облик социјалног правила, које Харт назива правилом признања. Будући да је у питању социјално правило, оно „постоји само као сложена, али нормално усаглашена пракса судова, званичника и приватних лица у идентификовању права, упућивањем на извесне критеријуме“ (Hart 1994, 110). То је једна врста социјалне конвенције, коју судови и остали званичници прихватају, то јест посматрају је с интерне тачке гледишта.<sup>48</sup> Дакле, постојање правила признања је питање чињеница, а не ствар сагласности с неким вишим правилом<sup>49</sup> (Hart 1994, 110).

Због чега је ова теоријска напомена о природи права значајна у контексту расправе о функцијама судске власти? Она је важна, пре свега, због могућности да судска власт врши регулативну функцију чак и ако судска пракса или судски прецедент не представљају извор права према правилима која су формално важећа у складу с правилом признања. Наиме, будући да је правило признања социјално правило, да његово постојање и садржина зависе од праксе званичника система, могуће је да судови усвоје и практикују правило према којем се као обавезујућа и важећа општа правила у свим будућим случајевима који под њих потпадају прихватају правила која се, поводом решавања правног питања, појављују у образложењима постојећих судских пресуда.<sup>50</sup> И не само да је то могуће већ се тако нешто одиста и догађа, то јест, уједначеном праксом судова уводи се правило признања (или једно од правила признања)<sup>51</sup> према којем, примера ради, судска власт

<sup>48</sup> Када субјекти правила посматрају с „интерне“ тачке гледишта, онда они делају у складу с правилом управо из разлога што постоји правило (уп. Coleman 2001, 82).

<sup>49</sup> О томе опширније у Дајовић 2014, 394 и.д.

<sup>50</sup> У контексту ове расправе, мисли се, пре свега, на канонизоване облике прескриптивних исказа у форми општих правила која се налазе у образложењима судских пресуда и настају или у процесу тумачења или у процесу судске дискреције којом се попуњавају празнине, а на основу којих се решава правно питање у конкретном спору.

<sup>51</sup> И сам Харт и потоњи коментатори нису говорили о правилу признања искључиво у једнини. Ипак, Харт је инсистирао на једном од тих правила као највишем и крајњем. Бејлис, с друге стране, указује на то да емпиријски није увек тако и да је могуће да се појави више критеријума важења које примењују различити државни органи. Наравно, уколико не постоји један крајњи и највиши стандард већ мноштво равноправних, то ослабљује системски карак-

врши регулативну или чак и уставносудску функцију.<sup>52</sup> Најпознатији такав случај је правни систем САД, у којем контрола уставности закона од стране Врховног суда није утврђена Уставом САД већ фактичким прихваћеним правилом које се успоставило недуго након што је Врховни суд основан (Dajović 2010, 254, 259; Whittington 2015). Осим тога, у САД постоји дуга и непрекинута дебата о обавезности самих прецедената, односно везаности других грана власти тумачењима закона, а нарочито устава, које дају судови. Далеко је од несумњиве чињенице да су правила из прецедената обавезујућа на исти начин на који су то законска или уредбодавна правила. Ипак, регулативна власт америчких судова постоји (постојаће) и у случају када је ограничена и на саму судску власт.

Пошто се из претходних редова види у којој мери је вршење регулативне функције судства у САД инструктивно и корисно за разумевање регулативне функције судске власти уопште, у наредном одељку ћу, у најкраћем, описати начин на који судови у Америци врше ту функцију.

## **5. РЕГУЛАТИВНА ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ – АНГЛОСАКСОНСКИ СИСТЕМ ПРЕЦЕДЕНАТА, ПРИМЕР САД**

### **5.1. Доктрина *stare decisis***

У континенталним правним системима судске пресуде, по правилу<sup>53</sup>, нису формално, изричито признате као извор права, а то најчешће нису ни према практикованом правилу признања. Стога се поузданији емпиријски увид у вршење регулативне функције судске власти може

---

тер права (уп. Bayles 1992, 80–81), али га у сваком случају не негира. Добар пример су САД, у којима постоји велика теоријска дебата, али и практична политичка борба око органа који су меродавни да тумаче устав (уп. Rosenfeld 1993; Merrill 1993). О томе ће бити више речи у пододељку 4.1.

<sup>52</sup> О томе опширније у Dajović 2010.

<sup>53</sup> У новије време у источној и централној Европи јављају се изузеци од тог правила. У том смислу, Спаић наводи случај органског закона о судовима у Грузији, према којем су „тумачења Великог већа Врховног суда обавезна за судове свих инстанци“, или Закона о судовима Литваније, којим се проширује обавезујуће дејство интерпретативних прецедената највишег суда јер се изричито одређује да ће „држава и друге институције, као и друга лица, примењивати тумачења закона и уредби која су садржане у одлукама и пресудама Врховног управног суда који примењује (те) исте законе и уредбе“ (Spaić 2018, 37).

стећи ако се осмотри како је судови врше у Америци, као типичном изданку англосаксонског правног система, у којем је значајан део важећег права судски створено право или такозвани *common law*. Међутим, у овом одељку се нећу бавити специфичностима самог *common law* из два разлога. Најпре, оно је одвише специфично и, с обзиром на тему расправе, нема потребе залазити у детаљније објашњење његовог настанка и функционисања. И друго, за ову расправу је од преваходног значаја идеја која му је дала трајност и чврстину – доктрина прецедената или доктрина *stare decisis*. Због тога је интересантније испитати начин на који та доктрина функционише у англосаксонском систему у целини јер се њена примена одавно проширила изван граница самог *common law*, те „утиснула“ и у тумачење и примену писаног права (устава и закона) од стране судске власти.<sup>54</sup>

Прецедент се обично дефинише као „пресуђен случај који пружа основ за одлучивање у каснијим случајевима који укључују сличне чињенице или (правна) питања. Прецеденти се деле на обавезујуће, које суд ‘мора’ следити, и персуазивне, које је овлашћен да узме у обзир и пажљиво размотри“ (Black’s Law Dictionary 2004, 3728).

Практиковање ових других, такозваних персуазивних прецедената нема никакве последице по евентуално вршење регулативне функције судова. Судови ће се, примера ради, у конкретном случају позвати на неку претходну одлуку да би аргументовали у прилог (или против) значења одређеног термина у правном пропису који тумаче, али нису обавезни да у својој пресуди том термину на крају припишу „прецедентно“ значење (Lindquist, Cross 2005, 1162; Salmond 1966, 145). Уколико коришћењем других интерпретативних аргумената закључе да правном тексту треба приписати другачије значење, они су слободни да то учине. Речју, персуазивни прецеденти се користе равноправно с другим интерпретативним аргументима. Они унапред не могу да елиминишу из аргументације и расуђивања суда остале интерпретативне аргументе. Стога, они у коначници понекад бивају њима надјачани.

---

<sup>54</sup> У Америци иначе генерално траје дебата „about the role that the common law tradition should play in statutory interpretation. On one side, commentators and jurists including the late Justice Scalia argue that when judges sit as interpreters of statutes they should shed their common law mantles, take a back seat, and acknowledge the primacy of the legislature“. С друге стране, аутори попут Ескрица или судије Калабрезеја „argue that embedding statutory interpretation into a larger framework that includes common law reasoning creates a balance between stability and dynamism that is appropriate for judicial decision-making“ (о томе опширније у Solan 2016, 1170).



Ствари стоје сасвим другачије с првом врстом прецедената. Наиме, суд има дужност да примени обавезујући прецедент. Правило према којем се судови придржавају судских прецедената се изражава у такозваној доктрини *stare decisis* (лат. остати при одлуци). Смисао те доктрине је да, ако је о неком правном питању већ донета званична одлука (најчешће су о одлуке највиших судова), односно уколико је о њему надлежни суд одлучио у случају у којем се оно поставило као спорно, то питање тај исти или неки други суд исте јурисдикције више неће посматрати као спорно „осим ако за то не постоје прешни разлози у изузетним случајевима“ (Black’s Law Dictionary 2004, 4403).

Ограничење које намеће прецедент, у складу с доктрином *stare decisis*, односи се на обавезу сваког нижег или истог суда или суда истог ранга да одлучи на исти начин о правном питању о којем је прецедентни суд већ одлучивао, и то чак и у случају када суд који одлучује у актуелном случају сматра да је претходна одлука погрешна. Речју, постоји обавеза суда да донесе одлуку с којом се можда суштински не слаже само зато што постоји прецедент (Schauer 2012, 126).

Према томе, у правном систему који прихвата доктрину *stare decisis* од судија се очекује да следе претходне одлуке својих колега само зато што су оне *претходне*.<sup>55</sup> Будући да је савремена судска власт организована хијерархијски, претходне одлуке које се следе могу бити одлуке вишег суда у односу на суд који одлучује и то су такозвани *вертикални* прецеденти. Код таквих одлука, нижи суд је дужан да, када је реч о решењу правног питања, у сличним случајевима следи пресуде вишег суда. Ипак, у таквим случајевима дужност нижих судова *практично* произилази из начела хијерархије, а не превасходно из принципа темпоралног првенства прецедента. И премда та хијерархијска подређеност није истоветна оној која, примера ради, постоји у војсци, у којој нижи официр беспоговорно извршава наредбе вишег официра, ипак је због могућности да пресуде нижих судова контролишу виши, она присутна и ефективна.

С друге стране, постоје и такозвани *хоризонтални* прецеденти, код којих један суд следи одлуке другог суда истог степена или исти суд следи сопствене претходне одлуке *само зато што су претходне*.

---

<sup>55</sup> Као што Шауер констатује, пракса да се приликом одлучивања следи образац одлука које су у сличној ситуацији донели претходни доносиоци одлука, постоји у сваком домену одлучивања, али је посебно карактеристична за право (уп. Schauer 2012, 123).

Хоризонтални прецедент<sup>56</sup> је парадигматичан случај примене доктрине *stare decisis*. Будући да обавезност вертикалног прецедента не проистиче нужно из темпоралног првенства већ и из пруденцијалних разлога нижег суда, јер је хијерархијски подређен „прецедентном“ суду, много је већи интерес, теоријски и практични, објаснити хоризонталне прецеденте.

Конечно, иако у англосаксонском систему прецеденти имају статус формалног извора права, у САД се воде оштре дебате о домаћају општих норми које судови стварају путем прецедената, односно о томе да ли одлуке судова које садрже опште норме (или принципе) обавезују друге државне органе. Постојање тог спора већ сам наговестио на крају претходног одељка. Главна тачка спорења је да ли је, пре свега, егзекутива обавезна да следи допуне и тумачења права која се налазе у образложењима пресуда, као што је обавезна (као и сви други) да поштује саму судску пресуду, то јест, како бисмо код нас рекли, њену изреку.<sup>57</sup>

То питање је, у ствари, спорно од самих почетака судске контроле уставности у САД јер се ни у чувеном случају *Marbury*<sup>58</sup> не решава да ли је став који је суд у образложењу изнео обавезујући за друге федералне органе власти. Наиме, чувени пасаж из пресуде „[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is“ не значи, сам по себи, да судско тумачење и образлагање права обавезује друге гране власти.

У случају *Marbury*, како истиче Мерил, утврђено је једино да судови нису везани схватањима Конгреса о значењу Устава. Том пресудом је само установљено да судови морају, независно од других грана власти, да тумаче право приликом одлучивања у конкретним случајевима. Али није утврђено да ли је судско тумачење, када је једном дефинитивно

---

<sup>56</sup> „Временски приоритет је, сам по себи, довољан основ за ауторитативност хоризонталног прецедента“ (Schauer, 2012, 124).

<sup>57</sup> „Контроверзе око обавезујућег дејства тумачења Устава од стране Врховног суда распламсале су се око неколико критичних догађаја у историји (САД)... Након одлуке Суда у предмету *Dred Scott v. Sandford*, да Конгрес нема (уставно) овлашћење да укине ropство у државама-чланицама, Абрахам Линколн је заузео став... да (та) одлука не може послужити као ‘политичко правило’ које регулише поступке чланова Конгреса и председника у разматрању будућег законодавства“ (Merrill 1993, 47).

<sup>58</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

успостављено, обавезујуће за остале гране власти.<sup>59</sup> Другим речима, случај *Marbury* успоставља (само) аутономију судског тумачења (Merrill 1993, 51).<sup>60</sup>

## 5.2. Који део пресуде представља прецедент?

У англосаксонској правној теорији једно од централних питања теорије о прецедентима јесте како се он идентификује. Будући да је, сходно доктрини *stare decisis*, прецедент извор права у англосаксонским системима, такав теоријски третман тог питања је сасвим разумљив. Међутим, пошто је тема ове расправе да се одреди потенцијални обим регулативне функције судске власти генерално, није неопходно да се залази у детаље тих дебата. Стога ћу се осврнути само на неколико најопштијих напомена, с нагласком на моменте који су од значаја за главну тему.

---

<sup>59</sup> Ако је ситуација с домаћајем судских пресуда у САД тако контроверзна као што је управо описано, то је још један разлог због којег је судско стварање права неприкладно назвати законодавном функцијом, будући да обавезност судски створеног права није (увек и нужно) иста као и обавезујућа снага закона.

<sup>60</sup> О овоме опширније у чланцима Rosenfeld 1993 и Merrill 1993. Ипак, сва та питања су контекстуално превише специфична да би се њима даље оптерећивао текст. Ваља истаћи да се расправе о обавезности судских пресуда и у англосаксонском систему континуирано воде, то јест да се она у пракси не подразумева увек као универзална. У том правцу чини ми се да је куриозитет решење које врло дуго постоји у домаћем законодавству, у Закону о управним споровима. Према том решењу, уколико уместо управног акта *који је суд поништио у управном спору*, треба донети други, надлежни орган је приликом његовог доношења „везан правним схватањем суда“ (ЗУС, *Службени гласник РС* 111/2009, чл. 69). Надаље, Законом је такође прописано да ће, уколико се орган управе, приликом доношења новог акта, оглуши о то схватање а тужилац поново поднесе тужбу, суд поништити оспорени акт и сам решити управну ствар пресудом. Јасно је да таква законска одредба и формално отвара простор да управни суд врши регулативну функцију у односу на управу. С друге стране, таква могућност је другим процесним законима формално „затворена“ унутар саме судске власти, то јест када је реч о судовима различитог степена. Примера ради, Закоником о кривичном поступку (*Сл. гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014) прописано је да је „првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње и расправи сва спорна питања на која је указао другостепени суд у својој одлуци“ (чл. 462, ст. 3 ЗКП). Дакле, ни спомена о „везаности правним схватањем“ другостепеног суда, што је решење које белодано указује на непостојање формалне снаге судских одлука, као извора права, у оквиру саме судске власти.

У *common law* традицији сматра се да је прецедент део пресуде који садржи *опште правило или принцип* који се налази у образложењу пресуде. Може се рећи да је концептуална нужност доктрине *stare decisis* да прецедент буде део пресуде који садржи „генерализације“, поопштене исказе. Јер, прецедентом се може назвати само нешто опште, што може да регулише и утиче на будуће случајеве. Тај део прецедентне пресуде назива се *ratio decidendi* или још и *holding*. Као што већ сами изрази сугеришу, реч је о разлогу (у виду апстрактног правила или стандарда, а према мишљењу неких аутора, и принципа) који је определио суд да донесе пресуду какву је донео и који се не би могао уклонити из образложења а да пресуда остане таква каква јесте (Salmond 1966, 191; Solan 2016, 1230; Cross, Harris 1991; Sunstein 1996, 71). Остатак образложења назива се *obiter dicta*.

Сам *ratio decidendi* може бити јасно и одређено правило или општији и растегљивији стандард. Када је *ratio* у облику канонизованог правила, тада је и маневарски простор потоњих судова ужи, а (оба)везаност будућих судова прецедентом слична као што је и (оба)везаност јасним законским правилом. С друге стране, ако је формулација *holding*-а у облику стандарда који је неодређен, онда коначан исход будућих случајева није унапред јасно диктиран таквом врстом прецедента већ се тај стандард, као уосталом и сваки стандард из других извора права, примењује у складу с околностима конкретног случаја (Lindquist, Cross 2005, 1163).

Будући да је тема расправе могућност и пожељност регулативне функције судске власти *уопште*, позабавићу се детаљније само теоријом према којој су прецеденти правила, јер је та ситуација „чист“, типичан пример функционисања доктрине прецедента.<sup>61</sup> Према теорији прецедента као правила (Alexander, Sherwin 2001, 136–56), прецедент је правило на исти начин као што су то писана законска правила. То значи да се речи из образложења које прецедентни суд користи да би утврдио *холдинг* „узимају озбиљно“. А то опет значи да је домашај прецедента

---

<sup>61</sup> Према теорији по којој су прецеденти принципи, који су релативно неодређени и који се могу одмеравати с другим принципима (прецедентима), прво, они не везују потоње судове на начин како то чине прецеденти као правила и, друго, процес одлучивања заснован на принципима ноторно је „неухватљив“. Стога неки аутори сматрају да та теорија у себи обједињује најгоре стране две основне врсте одлучивања у практичком дискурсу: одлучивање на основу ауторитативних правила и одлучивање на основу свих разлога који долазе у обзир (Alexander, Sherwin 2004, 17).

(то јест, његова обавезујућа снага у конкретним случајевима) одређен ауторитативним речима које је прецедентни суд употребио да би формулисао прецедентно правило (Schauer 2012, 129–30).

Типичан пример таквог прецедента је оно што Булигин назива дефиниционом сентенцом (Bulygin 2015, 77–78), а Тропер интерпретативним прецедентом (Тропер, Grzegorzczuk 1997, 126). Реч је о прецеденту којим се тумаче изрази и појмови из неког општег правног акта, који се примењује у прецедентном случају, а који се потом користи као правило на којем се заснивају одлуке судова о значењу тих израза и појмова, када се они појављују у истом или сличном правном акту који се тумачи и примењује у потоњим случајевима. Примера ради, у познатом случају *Smith v. US*,<sup>62</sup> Врховни суд САД је тумачио значење израза „use of firearms“ („коришћење оружја“) из америчког федералног кривичног законика у контексту кривичног дела трговине дрогом. Суд је у том случају донео одлуку да израз „коришћење оружја“ обухвата и употребу оружја као средства размене за дрогу. Након те пресуде, такво тумачење Врховног суда постало је канонизовано правило<sup>63</sup>, у смислу норме-дефиниције, и за све потоње сличне случајеве у којима се примењује поменути пропис.

Међутим, модел прецедената као правила не зависи нужно од судске „промулгације“ правила у канонизованој форми. Заправо, иако у пракси америчког Врховног суда, то јест у образложењима његових пресуда, постоје такви случајеви (на пример, чувени случај *Miranda v. Arizona*, познат из многих холивудских филмова, који се односи на начин на који се ухапшени обавештава о својим правима), не могу се увек наћи правила у њиховој канонизованој форми. Разлог за то је традиција правосуђа израслог на пракси *common law*. У систему *common law* судови нису били склони да отворено стварају право<sup>64</sup>, формулишући разлоге за пресуду у канонизованој форми општег правила, већ типично образложење њихове пресуде садржи опис чињеничног стања, аргу-

<sup>62</sup> *Smith v. United States* (91–8674), 508 U.S. 223 (1993).

<sup>63</sup> Канонизована форма правила је „Ако Ч (чињенице ч1, ч2...) онда П (правна последица, обавеза или овлашћење)“. Да би прескриптивни исказ из пресуде могао да се посматра или претвори у канонизовано опште правило, мора да испуни одређене услове. „...[R]ule must be general, covering a range of future cases. It must also be determinate enough to be applied without direct consideration of the questions it was designed to settle“ (Alexander, Sherwin 2001, 20). „For a precept to conform to the essential form of a rule, it must be at least minimally prescriptive, minimally general, definite, and complete“ (Summers 1996/7, 1173 и.д.).

<sup>64</sup> „Unlike enacted law... the rules associated with judicial precedent (in common law) generally have no ‘canonical formulation’, (Perry 1987, 241).

менте које су странке изложиле, објашњење суда о начину на који је расуђивао приликом решавања правног питања, реферисање на претходне сличне случајеве и одлуке које су у њима доношене. И премда се у таквим пресудама ради о *имплицитним* а не о експлицитним правилима (Landes, Posner 1976, 249), уколико из свих елемената образложења који су поменути, с рационалним нивоом поузданости, може да се излучи правило које се да преформулисати у канонизовану форму, онда се може рећи да у пресуди постоји *прецедентно* правило.

Уз то, према мишљењу Александра, да би се имплицитно правило могло признати као прецедентно правило, њега сам прецедентни суд мора схватити као правило правног система које ће регулисати будуће случајеве на начин како то правила иначе чине. Правило које потоњи суд сматра имплицитним, али га претходни судови нису тако разумели, није прецедентно правило.

И друго, правила морају прописати јасне исходе. Стога, да би се имплицитно правило квалификовало као прецедентно, суд који га је донео мора га схватити као *правило* које пружа одговор у свим споровима које обухвата, а не само као принцип који треба вагати у односу на друге разлоге за доношење одлуке (Alexander, Sherwin 2001, 21).

## 6. ДОДАТАК: БЕЛЕШКА О УСТАВНОМ СУДСТВУ

У континенталним правним системима, у 20. веку, формиран су специјализовани судски органи који су постали надлежни за контролу уставности закона и других прописа ниже правне снаге. Ти органи, без обзира на њихов назив (уставни судови, уставни савети итд.) имали су овлашћење, истина не у истом обиму увек и свуда, да из правног система својим одлукама „уклоне“ неуставне законе и друге опште акте, и то у поступку оцене апстрактне уставности који није везиван за настанак било каквог конкретног спора.

И док је таква врста контроле уставности у Америци (и неким другим државама) остала у рукама редовних судова, који се њоме баве када врше своју адјудикативну функцију, у европским земљама контролу уставности почели су да врше посебни органи, и то на апстрактан начин, без везе с конкретним спором. Последица таквог институционалног решења била је да су се појавили „судски“ органи који су имали ограничену (негативну) законодавну функцију јер су својим одлукама и тумачењима устава могли да утичу на (не)постојање важећег права. Та законодавна функција није била везана за адјудикативну већ

је постала самостална и независно организована. Дакле, када уставни судови поступају у домену уставне контроле, они нису судска већ законодавна (прецизније, негативно законодавна) власт у функционалном смислу. Поједини аутори сматрају да је таква функција уставног судства на трагу идеја о подели власти јер се на тај начин законодавна власт дели између представничког тела и једног стручног, парасудског органа (Troper 2013, par. 49).

Осим тога, судска контрола уставности подразумева да суд не врши (само) негативну законодавну функцију. Наиме, институционална улога органа уставне контроле не подразумева само да суд примењује устав него да га он својим одлукама и „мења“, то јест допуњава. И то је тако, без обзира на конкретан институционални облик те контроле, јер сама природа уставног тумачења то изискује (Raz 2009, 361 и.д.).<sup>65</sup> У том смислу, уставни судови врше и ограничену уставотворну или, можда прецизније, уставноревизијску функцију.

Будући да у систему у којем контролу уставности обавља уставни суд редовни судови, *по правилу*, не суде директно на основу устава<sup>66</sup>, када се говори о судској власти, јасно је да она (у органском смислу) не обухвата уставно судство нити тумачење и примену устава у конкретним споровима (у функционалном смислу). Стога власт уставног судства, односно функција контроле уставности коју она врши, није од примарног значаја за тему расправе. Ипак, ради илустрације главне поенте, описашу случај у којем Уставни суд Србије (УСС) *вршећи адјудикативну функцију у случају спора по уставној жалби* у исто време врши и регулативну

---

<sup>65</sup> Уп. Raz 2009, 361 и.д. „Any constitution that provides for authoritative adjudications regarding its own application cannot but be to some extent a living constitution; ie cannot but contain less law at its inception than it comes to contain later“ (Gardner 2012, 122).

<sup>66</sup> Код нас се тумачењем устава бави поглавито уставни суд, упркос изричитој и већ помињаној одредби Устава да судови „суде на основу *Устава*, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“ (чл. 142, ст. 2 Устава РС). Није ми позната ниједна пресуда било којег редовног суда у Србији која је донета директно на основу Устава, а да је меродавни закон у том случају, према тумачењу суда, оцењен као супротан Уставу. Но, у другим системима с исто или слично организованом контролом уставности може да се развија и таква пракса, у оквиру процеса који италијански теоретичар Гвастини назива „поустављењем правног поретка“. Ипак, и у оквиру праксе „поустављења“, одлучивање редовних судова директно на основу устава, а супротно меродавним актима ниже правне снаге релативно је спорадично у односу на друге видове праксе „поустављења“. О зачецима праксе „поустављења“ у суседној Хрватској уп. Burazin, Gardašević, Krešić 2021. Захваљујем се једном од рецензената што ми је скренуо пажњу на ову праксу.

функцију. У таквим случајевима он чини управо оно што тврдим да може да чини и свака „редовна“ судска власт у развијеном правном систему.<sup>67</sup>

Реч је о одлуци којом је утврђена повреда права на достојанство и слободан развој личности из члана 23 Устава РС и права на поштовање приватног живота зајемченог чланом 8 Европске конвенције.<sup>68</sup> У питању је случај у којем је матичар из једне општине у Србији одбио да изврши упис у матичне књиге промену пола подносиоца уставне жалбе због стварне ненадлежности. У изреци одлуке, УСС је утврдио „да су органи из члана 6. ст. 2. и 4. Закона о матичним књигама стварно надлежни да одлучују о захтеву за упис промене података о полу“. Суд је резонувао да, иако упис промене података о полу у матичној књизи рођених није изричито регулисан Законом о матичним књигама, одредбе тог Закона „треба тумачити на начин да се и упис промене података о полу може извршити аналогном применом законских одредаба које уређују упис чињенице рођења и свих осталих података, укључујући и пол, који се у матичну књигу уписује за лице рођено у здравственој установи“.

И не само да је УСС утврдио повреду људског права и у изреци (а делом и у образложењу) утврдио *правило* према којем су матичари „надлежни“ да врше упис промене података о полу у матичним књигама на основу захтева који је снабдевен одговарајућим медицинским потврдама о извршеној промени већ је отишао и корак даље. У образложењу пресуде, УСС је оценио да „до законског регулисања права на промену пола, *ову одлуку ваља примењивати и на друга лица која би се нашла у истој правној ситуацији*, па се тако ова одлука односи и на та лица, а не само на подносиоца жалбе“. Сходно томе, УСС је одлучио и да одлуку достави надлежном Министарству како би са својим ставом „упознао првостепене органе који решавају у управном поступку у области матичних књига“.

<sup>67</sup> На овом месту треба рашчистити једну могућу нејасноћу. Уставни суд може вршити регулативну функцију приликом апстрактне контроле уставности одређеног закона. Он то чини увек када само једно од могућих значења појединих законских одредаба у својој одлуци значи као оно које је сагласно с уставним нормама или принципима. На тај начин, неспорно је да Уставни суд ствара или допуњава постојеће право (за случајеве у којима је то учинио, примера ради, Уставни суд Хрватске, уп. Burazin, Gardašević, Krešić 2021, 234–237). Међутим, први случај из праксе УСС који ће бити описан не представља такво вршење регулативне власти већ је ближи ономе што (могу да) чине редовни судови, будући да у њему Уставни суд не врши апстрактну контролу уставности већ решава појединачни спор по уставној жалби, дакле, врши адјудикативну функцију.

<sup>68</sup> Предмет Уж-3238/2011 од 8. 3. 2012.



Занимљиво је да је УСС тај став засновао на члану Закона<sup>69</sup> који говори о отклањању штетних последица до којих је дошло због ожалбеног акта (чл. 89, ст. 2). Међутим, мени се чини да примеренији правни основ за такав став постоји у члану 87 истог закона, у којем изричито стоји да се у случају повреде Уставом зајемченог људског или мањинског права више лица неким појединачним актом, од којих су само нека поднела уставну жалбу, „одлука Уставног суда односи и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији“. Тај члан Закона наглашавам из разлога што се њиме изричито и јасно у нашем правном поретку признаје обавезност одређених одлука УСС и мимо страна у спору по уставној жалби. Истина, у питању нису одлуке судске власти, јер Уставни суд то није, али јесу одлуке парасудског органа који на тај начин може да врши регулативну функцију, приликом вршења адјудикативне функције. А управо се из поменутог примера види да УСС управо тако и поступа.

Конечно, поменућу још једну одлуку УСС која је од *индиректног* значаја за вршење регулативне функције, будући да она илуструје колика је важност институционалног модела поделе власти у којем је вршење такве функције од стране судске власти једино пожељно. У пролеће 2020. године, председник Републике је, уз саслужење председница владе и Народне Скупштине, донео Одлуку о проглашењу ванредног стања. Након тога, Уставном суду су упућене бројне иницијативе за оцену уставности дотичне Одлуке. УСС је те иницијативе решењем<sup>70</sup> одбацио, тврдећи да нема основа за покретање поступка. Међутим, иако их је одбацио, УСС се упустио у екстензивно разматрање чињеничних и правних питања у вези с поменутом Одлуком. На овом месту ћу указати само на „одговор“ УСС на једну од примедба из иницијатива, ону која доводи у питање оправданост поступка троје званичника да од Народне скупштине преузме надлежност за доношење Одлуке.

Наиме, иако је доношење такве одлуке примарно надлежност Народне скупштине, јавности је саопштена тврдња да она не може да се састане. УСС је, међутим, устврдио да се не бави чињеничним питањима и да је председница Народне скупштине искористила пословничко овлашћење и обавестила председницу Владе и председника Републике да Народна скупштина не може да се састане, те да је на тај начин испуњен Уставом постављен услов да надлежност за доношење одлуке о проглашењу ванредног стања могу преузети троје наведених

<sup>69</sup> Закон о уставном суду, *Службени гласник РС* 109/07.

<sup>70</sup> Бр. Иуо-42/2020 од 22. 5. 2020 (*Службени гласник РС* 77/2020).

функционера. За УСС у поменутом „обавештењу“ није било ничег спорног, упркос томе што је тврдња из обавештења председнице Скупштине била очигледна неистина јер је Скупштина фактички могла да заседа, као што су, уосталом, у то време заседали парламенти свих европских земаља. Упркос томе, УСС у свом решењу „резонује“ да је „питање (не)могућности да се Народна скупштина састане, фактичко, а не правно питање<sup>71</sup>... и да Уставни суд не може да оцењује организационе могућности Народне скупштине да се састане без одлагања у условима постојања опасности по живот и здравље људи. Стога, Уставни суд нема уставно, нити друго правно ‘мерило’ на основу којег би *могао довести у питање* обавештење председника Народне скупштине да парламент није био у могућности да се састане“. Осим што, додао бих, има „уставно мерило“ које се налази у основним начелима Устава, а зове се „подела власти“. Но, чини се да је за Уставни суд пословничка одредба била јача и од тог мерила и од ноторних чињеница.

Као што сам претходно објаснио, основни принцип сваког стварног устава је подела власти. Одлуком о проглашењу ванредног стања актуелни режим је тај принцип белодано прекршио. Решењем да уставност такве одлуке не „разматра“ и изнетом „аргументацијом“, „чувар устава“ није заштитио тај основни конституционални принцип зарад политичког резона и вољу кршитеља Устава, претпоставио је самом Уставу и његовом темељном принципу (опширније о томе вид. Дајовић 2020). Зато та одлука УСС илуструје колико је за вршење било које функције (пара)судске власти важан институционални пејзаж у којем се оне врше. Када (пара)судски орган није институционално и фактички независан и самосталан, као што је то случај у Србији с Уставним судом, онда је преузимање регулативне функције од стране таквог органа погубно за поделу власти, сходно томе, и за слободе и права грађана. Јер, не треба имати нарочиту имагинацију да би се замислило, како у некој наредној пандемији, другој јавној опасности или чак у свакој ситуацији у којој председник Народне скупштине констатује да Скупштина не може да се састане, па њене надлежности преузму други органи, Уставни суд, следећи доктрину *stare decisis*, налази да нема основа чак ни да покрене поступак оцене уставности таквих аката. Речју, примена доктрине прецедената у таквом случају извргава се у своју супротност: уместо

---

<sup>71</sup> Само неколико пасуса пре у свом решењу, „иако не суди чињеницама и на основу чињеница“, УСС управо то чини када устврђује да је испуњен уставни услов проглашења ванредног стања, оцењујући „да би се заразна болест COVID-19 могла сматрати јавном опасношћу која угрожава опстанак државе или грађана, у смислу члана 200. става 1 (Устава)“.

да ојача судство, као трећу, независну и самосталну грану власти, која је основна брана неуставном ширењу моћи других грана власти, она га чини потпорним стубом те моћи.

## 7. ЗАКЉУЧАК

У савременим правним системима положај судске власти је одређен унутар конституционализованог модела поделе власти, као независан и самосталан у односу на друге две гране власти. С друге стране, сходно идеји поделе власти, судска власт врши адјудикативну функцију, примењујући важеће опште правне акте које доноси друга власт, поглавито законодавна. Међутим, како „општа правила не решавају појединачне случајеве“ јер су закони по својој природи, нужно, недовршени, судска власт, приликом решавања неких („тешких“) случајева изгледа као да допуњује или ствара право. Кажем „изгледа“ јер да ли ће њене допуне или креације општих правила и стандарда, које су садржане у образложењима пресуда у „тешким“ случајевима постати обавезујуће за све наредне сличне случајеве, не зависи *нужно* од тога да ли су оне *формално признате* као извор права. Штавише, у континенталним правним системима, по правилу, није *изричито* прописано овлашћење (било ког) суда да, образложењима својих пресуда, ствара обавезујуће опште правне норме.<sup>72</sup> Међутим, у расправи је изнет аргумент (3.2) да то „овлашћење“ *може* да проистекне из конвенције, то јест из усаглашене праксе судских званичника.

Када је реч о регулативној функцији судске власти, на основу анализе англосаксонског система прецедената, пажња је усмерена ка хоризонталном прецеденту, као парадигматичној „инкарнацији“ те функције, будући да се пошло од претпоставке да вертикални прецедент функционише у сваком уређеном правосудном систему. Разлог за то је једноставан: уколико судије правила из пресуда виших и највишег суда не би узимали као обавезујуће него само као разлоге које узимају у обзир приликом пресуђивања, али који могу бити надјачани другим разлозима, онда би само функционисање правосуђа могло да буде

---

<sup>72</sup> Раз наводи да такво *изричито* овлашћење не постоји ни у англосаксонском систему (Raz 2009, 278). О томе у Spaić 2018, 31 фн. 14. У случају САД, рецимо, иако не постоји изричит (на пример, уставни) пропис у том смислу, одлуке Врховног суда представљају извор права. Стога, правило признања у том систему делом реферира на писани устав, а делом је успостављена конвенција која нема везе с писаним уставом (опширније у Dajović 2010, 259).

озбиљно угрожено (Merrill 1993, 44,71). С друге стране, када је реч о хоризонталном прецеденту, конвенција у правцу поштовања доктрине *stare decisis*, коју би судије и судови прихватили, може да ограничава обавезујуће дејство судски створених општих правила само на судове. А да ли ће и под којим условима то дејство постаје *erga omnes* (у односу на друге гране државне власти), посебно је и контекстуално условљено питање које се у расправи не разматра.

Најзад, као што је на самом почетку речено, у расправи се износе две основне тезе: прва, да судска власт, концептуално посматрано, *може* да врши регулативну функцију и у правном систему у којем јој она није формално додељена и, друга, да постоје јаки нормативни разлози због којих она *треба* да је врши. Пошто је прво питање довољно претресено, у другом наставку расправе, позабавићу се питањем због чега судска власт *треба* да врши регулативну функцију, да бих потом скицирао један могући модел вршења такве функције у савременом правном систему.

## ЛИТЕРАТУРА

- [1] Alexander, Lary, Emily Sherwin. 2001. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press.
- [2] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2004. Judges as Rulemakers. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper*. Series 15.
- [3] Alexy, Robert, Ralf Dreier. 1991. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. 73–121. *Interpreting statutes: A comparative study*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. Aldershot: Ashgate – Dartmouth.
- [4] Barber, Nicholas. 1/2000. Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes. *Oxford Journal of Legal Studies* 20: 131–154.
- [5] Bayles, Michael D. 1992. *Hart's Legal Philosophy – an examination*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- [6] *Black's Law Dictionary*. 2004. 8<sup>th</sup> ed., ed. Bryan A. Garner.
- [7] Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, José Juan Moreso, Pablo E. Navarro and Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Burazin, Luka, Đorđe Gardašević, Mario Krešić. 2/2021. Poustavljenje hrvatskog pravnog poretka, *Zbornik PFZ* 71: 221–254.

- [9] Bums, Linda Claire. 1991. *Vagueness, An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- [10] Claus, Laurence. 3/2005. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 419–451.
- [11] Coleman, Jules. 2001. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- [12] Cross, Rupert, J. W. Harris 1991. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [13] Dajović, Goran. 3/2010. Rule of Recognition and Written Constitution. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 58: 248–264.
- [14] Дајовић, Горан. 2014. Хартов нови почетак, поговор. У Харт, Х. *Појам права*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду.
- [15] Дајовић, Горан, Бојан Спаић. 2016. *Право на образложену пресуду: Пракса Европског суда за људска права / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Подгорица: Центар за демократску транзицију.
- [16] Дајовић, Горан. 2018. Правно и фактичко питање. 139–159. *Идентитетски преображаја Србије – прилози пројекту*, ур. Ивана Крстић, Маја Лукић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Дајовић Горан (ур.). 2019. *Српско правосуђе на уставној странпници – сведочанство о „дебати“ поводом иницијативе за промену Устава РС у области правосуђа, 2017–18*. Београд: ЦЕПРИС.
- [18] Дајовић, Горан. 2020. *Епитаф за српски устав*. Отворена врата правосуђа. Мај 2020. <https://otvorenavratapравосудја.rs/teme/ustavno-pravo/epitaf-zasrpski-ustav>, последњи приступ 29. новембра 2021.
- [19] Duxbury, Neil. 2013. *Elements of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [20] Edlin, Douglas. 2010. *Judges and Unjust Laws*. The University of Michigan Press.
- [21] Ervin, Sam J., Jr. 1970. Separation of powers: judicial independence. *Law and Contemporary Problems* 35: 108–127.

- [22] Fuller, Lon, L. 2/1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92: 353–409.
- [23] Gardner, John. 2001. Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence* 46: 199–227.
- [24] Gardner, John. 2012. *Law as the Leap of Faith – Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press.
- [25] Gluckman, Max. 1965. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell.
- [26] Hart, Herbert. 1/1949. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171–194.
- [27] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [28] Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Second Edition with Postscript, eds. Raz & Bulloch. Oxford: Clarendon Press.
- [29] Хејвуд, Ендрју. 2004. *Политика*. Београд: CLIО.
- [30] Јовановић, Слободан. 1990. *О држави*. Београд: БИГЗ – Југославијапублик – СКЗ.
- [31] Келзен, Ханс. 1951. *Општа теорија права и државе*. Београд: Архив за правне и друштвене науке.
- [32] Кошутећ, Будимир. 1973. *Судска пресуда као извор права*. Београд: Савремена администрација.
- [33] Kramer, Matthew H. 2005. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- [34] Landes, William M., Richard A. Posner. 2/1976. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law and Economics* 19: 249–307.
- [35] Liebwald, Doris. 2/2013. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 391–423.
- [36] Lindquist, Stefanie A., Frank B. Cross. 4/2005. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review* 80: 1156–1206.
- [37] Merrill, Thomas W. 1993. Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments. *Cardozo Law Review* 15: 43–79.
- [38] Perry, Stephen R. 2/1987. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 7: 215–257.

- [39] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [40] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [41] Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Roberts, Paul. 2011. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials? *Human Rights Law Review* 11: 213–235.
- [43] Rosenfeld, Michel. 1993. Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers. *Cardozo Law Review* 15: 137–174.
- [44] Salmond, John William. 1966. *Salmond on Jurisprudence*, P. J. Fitzgerald. 12. ed. London: Sweet & Maxwell.
- [45] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. New York – London: Routledge.
- [46] Schauer, Frederick. 2013. Is Defeasibility an Essential Property of Law? <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf>, последњи приступ 29. новембра 2021.
- [47] Sebok, Anthony J. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [48] Solan, Lawrence M. 2016. Precedent in Statutory Interpretation. *North Carolina Law Review* 94: 1165–1234.
- [49] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia* XXVII: 27–44.
- [50] Спаић, Бојан. 1/2021. Интерпретација и конструкција: прилог разматрању разлике између примјене права и стварања права. *Правни записи* XII: 29–61.
- [51] Summers, Robert. 1996–97. How Law is Formal and why it matters. *Cornell Law Review* 82: 1165–1229.
- [52] Tamanaha, Brian Z. 2010. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.
- [53] Тасић, Ђорђе. 1995. *Увод у правне науке – Енциклопедија права*. Београд: Службени лист СРЈ.

- [54] Трешњева, Александар. 2013. *Збирка судских одлука из кривично-правне материје*, књига 9. Београд: Службени гласник.
- [55] Troper, Michel, Christophe Grzegorzcyk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting Precedents*, eds. Neil MacCormick, Robert S. Summers. London – New York: Routledge.
- [56] Troper Michel. 2013. *Separation of powers*, translated by Philip Stewart. *A Montesquieu Dictionary*, ed. Catherine Volpilhac-Augier. <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en>, последњи приступ 29. новембра 2021.
- [57] Васић, Радмила, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић. 2016. *Увод у право*, 3. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [58] Whittington, Keith E. 2015. The Power of Judicial Review. 388–408. *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, eds. Mark Tushnet, Mark A. Graber, Sanford Levinson. Oxford: Hart Publishing.
- [59] Витгенштајн, Лудвиг. *Филозофска истраживања*. Београд: Нолит.
- [60] Зеца, Јована. 2020. Одлуке Врховног касационог суда као формални извор права. 103–114. *Судство као власт*, ур. Миодраг Јовановић, Ана Здравковић. Београд: ЦЕПРИС.



**Goran DAJOVIĆ, PhD**

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

## **THE POSSIBILITY OF REGULATORY FUNCTION OF JUDICIAL POWER**

### Summary

The article presents two theses. The first is that previous court judgments can be „sources“ of general rules and standards that will constraint the courts, as decision-makers, even if they are not formally established as legally binding. The second is that it should be so for several reasons – the most important being predictability and equality.

In this part of the article the concepts of separation of powers, types of state functions, and judicial power are explained. The reasons why the judicial power can perform the law-making function in a legal system in which it is not formally established are presented. As an illustration of how the system in which courts perform a law-making function works, the application of the doctrine of stare decisis in the USA is described. Finally, several decisions of the Constitutional Court of Serbia that indicate similar practice in Serbian legal system are analyzed.

**Key words:** *Separation of power. – Judicial power. – Regulative and adjudicative function. – Precedent.*

Article history:  
Received: 29. 11. 2021.  
Accepted: 7. 2. 2022.